



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

SÉRGIO MARTINS-COSTA COELHO

A Transposição do Direito Medieval Português no Direito Colonial Brasileiro

Uma visão acerca das rupturas e continuidades da história jurídica medieval portuguesa de longa duração, aplicada ao contexto do Brasil Colonial

BRÁSILIA

2016

SÉRGIO MARTINS-COSTA COELHO

A Transposição do Direito Medieval Português no Direito Colonial Brasileiro

Uma visão acerca das rupturas e continuidades da história jurídica medieval portuguesa de longa duração, aplicada ao contexto do Brasil Colonial

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de graduação em Direito.

Orientador: Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

BRÁSILIA

2016

SÉRGIO MARTINS-COSTA COELHO

A Transposição do Direito Medieval Português no Direito Colonial Brasileiro

Uma visão acerca das rupturas e continuidades da história jurídica medieval portuguesa de longa duração, aplicada ao contexto do Brasil Colonial

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de graduação em Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

NOME:
INSTITUIÇÃO:

NOME:
INSTITUIÇÃO:

NOME:
INSTITUIÇÃO:

Dedico o presente trabalho, primeiramente, à minha família, em especial meu pai, Vergílio, minha mãe, Vânia, e minha irmã, Ana Luiza, cujo apoio incondicional foi mister para o meu desenvolvimento intelectual e espiritual.

Dedico-o, ainda, de modo muito especial a Chiara Battaglia Tonin, cujo suporte intelectual e emocional, em todos os momentos da pesquisa, da redação e da revisão deste trabalho foi indispensável para o resultado final.

Agradeço ainda a Vinicius Sodré Maluly pelos sábios comentários que se provaram valioso auxílio.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos que, de alguma forma, contribuíram para essa pesquisa, especialmente Henrique Sottovia, Tamy Yoshioka, Bárbara Casado, Sarah Almeida, Marcos Fleury.

AGRADECIMENTOS

Faço de modo muito especial um agradecimento ao Professor Doutor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, grande mestre do Direito, que aceitou guiar-me nesta pesquisa, compartilhando seus vastíssimos conhecimentos, sua erudição e sua sabedoria. Tê-lo como orientador muito me honra.

Agradeço, ainda, ao Professor Doutor Celso Fonsceca, de quem eu tive também o privilégio de ser aluno. Os conhecimentos sobre história medieval, bem como a sua orientação bibliográfica foram essenciais para a elaboração desta pesquisa.

Brasil

O Zé Pereira chegou de caravela
E perguntou pro guarani da mata virgem

– Sois cristão?

– Não. Sou bravo, sou forte, sou filho da Morte

Teterê tetê Quizá Quizá Quecê!

Lá longe a onça resmungava Uu! ua! uu!

O negro zonzó saído da fofalha

Tomou a palavra e respondeu

– Sim, pela graça de Deus

– Canhém Babá Canhem Babá Cum Cum!

E fizeram o Carnaval

Oswald de Andrade

RESUMO

O trabalho que ora se desenvolve tem como seu objeto o estudo da formação do ideário jurídico colonial no Brasil, a partir de elementos herdados do ideário jurídico medieval português. Visa-se, portanto, a estudar o fenômeno da transposição dos institutos do Direito Medieval português, bem como a formação do pensamento jurídico brasileiro a partir desse fenômeno. Busca-se investigar tal objeto tendo como base metodológica os conceitos da historiografia cultural aplicados ao fenômeno jurídico, considerando sempre a perspectiva de uma *Longue Dureé*. Parte do escopo deste trabalho é, pois, identificar a permanência de um imaginário ainda imbuído de características tipicamente medievais nos Homens que colonizaram o Novo Mundo, e como isso repercute nas instituições e na cultura jurídica incipiente no Brasil colônia. A hipótese que norteou a pesquisa e que se pensa ter comprovado, a partir de análise documental, é a de que houve uma medievalidade no Brasil colonial, materializada no pensamento e nas instituições jurídicas portuguesas que para cá foram transpostas.

PALAVRAS-CHAVE: Transposição. Direito Medieval Português. Direito no Brasil Colônia. História do Direito. História Colonial. História Medieval. Longue Dureé. Imaginário Jurídico.

ABSTRACT

The present study is about the formation of the judicial mentality in the early stages of colonial Brazil, bearing in mind the medieval elements that were inherited from the Portuguese medieval judicial mentality. The aim of the research is, thus, to shed light upon the transposition of the institutes of medieval Portuguese law as well as the legal mentality of such an era into the legal mentality of the colonial Brazil. The methodological background for achieving this objective is the conceptual spectrum of Cultural History, bearing always in mind the perceptive of *Longue Dureé*. The scope, which we believe was achieved is, therefore, to identify the permanence of a medieval imaginary still present in the mindset of the men that colonized the New World and how this phenomenon does reverberate upon the institutions and also upon the judicial culture in the early history of Brazil.

KEYWORDS: Transposition. Portuguese Medieval Law. Brazilian Colonial Law. Legal History. Colonial History. Medieval History. *Longue Dureé*. Judicial Imaginary.

Sumário

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 11 |
| 2. METODOLOGIA..... | 13 |
| 2.1 PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS | 14 |
| 2.1.1. <i>Conceito de Representação</i> | 15 |
| 2.1.2 <i>Conceito de Imaginário</i> | 17 |
| 2.1.3 <i>Análise da formação do “medievo luso-brasileiro”</i> | 18 |
| 3. DISCUSSÃO TEÓRICA | 22 |
| 3.1 A QUESTÃO..... | 22 |
| 3.1.1: <i>A Idade Média de Longa Duração</i> | 22 |
| 3.2 IDADE MÉDIA NO BRASIL?..... | 27 |
| 4. COMO POSSO SABER O QUE LHES VOU DIZER. | 38 |
| 5. O BRASIL NÃO FOI UMA TERRA DE CASTELOS E DRAGÕES..... | 40 |
| 6. ANÁLISE DOCUMENTAL | 41 |
| 7. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRIMÓRDIOS DA COLONIZAÇÃO..... | 42 |
| 7.1. PRIMEIROS OBSERVADORES DO NASCENTE BRASIL | 42 |
| 8. A TRANSPOSIÇÃO DO APARATO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO LUSITANO PARA A COLÔNIA. | 48 |
| 8.1. BREVE DESCRIÇÃO DA ESTRUTURA JUDICIÁRIA DE PORTUGAL NOS SÉCULOS XVI E XVII | 48 |
| 8.2 INSERÇÃO DO BRASIL NO SISTEMA JUDICIÁRIO PORTUGUÊS..... | 54 |
| 8.3. DIFICULDADES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO CENTRALIZADA..... | 57 |

| | |
|---|-----------|
| 8.4. JURISDIÇÃO REAL E A JURISDIÇÃO ECLESIASTICA..... | 60 |
| 9. CONCLUSÃO..... | 66 |
| 10. REFERÊNCIAS | 68 |

1. Introdução

Não raras vezes, os manuais de Direito escritos por consagrados autores¹ recorrem à antiguidade clássica para buscar as origens dos institutos de Direito que pretendem explorar, adotando, na maior parte das vezes, uma postura de ampla admiração pelo modo como os antigos, sobretudo os romanos, conceberam a sua dogmática jurídica. Nesses textos, ressaltam-se as semelhanças entre os institutos que vigoravam no mundo Clássico e os que hoje regem nosso Direito, levando o leitor, muitas vezes, a crer que esses institutos, que outrora imperavam em seu mais alto esplendor, tivessem sido trazidos a nós por meio de um resgate capaz de salvá-los do pleno esquecimento. Nesse contexto, muitas vezes, o período medieval, quando mencionado, é tratado de modo negativo ou sem a importância que lhe é devida.

Isso se dá, pois, como observa o professor ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY, o Direito e a História parecem ter uma relação equivocada. A esse respeito, em seu livro sobre Direito Grego e historiografia jurídica, GODOY adverte que se criou uma espécie de mito que “sugere a Grécia Antiga como ideal a ser alcançado” (Godoy 2008). Esse mito deriva de uma leitura equivocada do passado, que se deixa contaminar pelo anacronismo e pelo presenteísmo. A análise histórica do Direito, nesse contexto, perde, portanto, seu caráter científico e se torna mero recurso retórico: “cuida-se da transformação da narrativa histórica em obra de ficção” (Godoy 2008).

Nesse sentido, faz-se oportuno empreender esforços para desmistificar a visão excessivamente idealizada da História do Direito. É preciso desmistificar os estereótipos que circundam a contribuição do Direito Clássico para o Direito

¹ A título de exemplo, cita-se CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA; HUMBERTO THEODORO, etc.

contemporâneo, bem como lançar nova luz à contribuição do Direito Medieval na formação do nosso próprio Direito, valendo-se, para tanto, de um arcabouço historiográfico robusto. É a esse segundo propósito que se dedica o presente trabalho.

Nas páginas que se seguirão, buscar-se-á demonstrar como aspectos do ordenamento e do ideário jurídico medieval português foram transpostos para a colônia. Parte-se, portanto, da ideia de que os homens que chegaram no século XVI à América eram, em muitos aspectos, medievais. A esse respeito, JÉRÔME BASCHET elabora, em seu livro “A civilização Feudal”, uma defesa dessa tese aplicada ao caso mexicano. No mesmo livro, advoga por uma periodização longa da Idade Média, indo muito além dos limites consagrados pela historiografia tradicional (Baschet 2006).

Assim sendo, pretende-se verificar em que medida aspectos associados à cultura, à mentalidade, à organização social e ao Direito do medievo foram transpostos à América lusitana pelos conquistadores e em que medida essas “reminiscências medievais” (José Rivair Macedo 2011) se demonstraram no período colonial e perduram até os dias de hoje, tendo sempre como campo de estudo o Direito – como conjunto normativo – e sua aplicação.

Para lograr tal objetivo, será feito amplo uso da metodologia historiográfica em combinação com técnicas de hermenêutica de textos normativos, com vistas a constituir uma análise do fenômeno jurídico de um tempo pretérito que, na medida do possível, não se deixe contaminar por presenteísmos ou anacronismos. Recorrer-se-á, sempre que possível, à análise de fontes primárias e ao entendimento de autores consagrados para que se possa conferir ao texto a maior credibilidade possível.

A hipótese que orienta essa pesquisa é que traços marcantes da cultura jurídica medieval portuguesa foram trazidos, traspostos pelos colonizadores que aqui chegaram e se desenvolveram de modo próprio no ultramar. Com relação à isso, BACHET, ao estudar o mesmo processo na América espanhola, identifica o processo de reconquista da península hispânica e o da conquista do “Novo Mundo” como parte de um grande movimento eminentemente medieval, de expansão da Cristandade² (Baschet 2006). Portanto, à luz da análise e do entendimento de Baschet, busca-se neste trabalho verificar se e como a transposição de um ideário medieval, desta vez no caso português, pode ser percebida a partir do Direito.

2. Metodologia

*"Quem só direito sabe nem
direito sabe."*

Pontes de Miranda

No campo metodológico, o Direito é, sem dúvida, uma ciência com inúmeras particularidades, sendo, talvez, a mais patente delas a ausência de pressupostos metodológicos rígidos. Essa idiosincrasia da ciência jurídica, ao mesmo tempo que ergue grandes obstáculos em meio ao caminho do pesquisador, possibilita-o perscrutar novas possibilidades, valendo-se de técnicas, conceitos e pressupostos metodológicos de outras ciências em seu estudo. Não por acaso, os trabalhos acadêmicos de Direito não raras vezes exploram as conexões entre Direito

²A Tese de BASCHET se relaciona com um marco cronológico relevante, uma vez que a reconquista do território espanhol termina no ano de 1492, com a expulsão dos mouros de Granada, mesmo ano da chegada de Colombo à América (assim, o fato de Colombo não saber ter chegado a um continente desconhecido, mas pensar ter alcançado as Índias, reforça a tese de expansão da cristandade para o Oriente). No caso português, é preciso ressaltar que a cronologia não favorece a hipótese, uma vez que o país se unificou precocemente em 1249. Por isso, busca-se comprovar a permanência de uma medievalidade na América em outros elementos e fenômenos socioculturais. No caso da pesquisa aqui desenvolvida, no Direito.

e Filosofia, Direito e Sociologia, Direito e Economia, Direito e Literatura, dentre outros, revelando, assim, a inequívoca vocação que o Direito apresenta para a interdisciplinaridade.

Assim sendo, o trabalho que ora se desenvolve pretende explorar essa dimensão interdisciplinar própria ao Direito analisando-o a partir das lentes metodológicas da historiografia e, mais precisamente, da historiografia cultural. Ambiciona-se, nas páginas que se seguirão, estudar o fenômeno jurídico de um tempo pretérito – no presente estudo, o Direito colonial brasileiro e suas relações com as formas de pensar e agir próprias do medievo português – como um mecanismo de representação da cultura de uma determinada sociedade em certa época. O Direito, portanto, a partir dessa análise, passa a apresentar-se como um instrumento capaz de traduzir o imaginário, a mentalidade e, até mesmo, as formas de organização social que prevaleciam nessa época, sem, contudo, ser uma mera reprodução especular da realidade particular a esse tempo, e sim uma projeção do ideário dessa época e uma força criadora de realidade. Nesse momento, é importante tratar dos pressupostos epistemológicos que norteiam a pesquisa em história cultural, conforme destacado abaixo.

2.1 Pressupostos Epistemológicos

Tais pressupostos são fruto de um intenso processo de redefinição das formas de se escrever o passado, que foi desencadeado por uma crise de paradigmas que impactou de modo extremamente significativo a historiografia nos primeiros três quartos do século passado. A partir desse momento, a história não mais se presta a revelar aos leitores do presente a verdade incontestada de fatos ocorridos em um tempo pretérito. Ainda, a história não mais seria uma ciência isolada, passando a estar em constante contato com outras áreas do conhecimento,

como a antropologia e a sociologia. Além disso, a ciência histórica perde o monopólio da verdade sobre o passado: trabalha-se não mais com verdades absolutas, mas com verossimilhança e plausibilidade.

2.1.1. Conceito de Representação

Desse modo, o primeiro desses pressupostos metodológicos que orientam o trabalho do historiador cultural é o conceito de representação, o qual consiste em uma das mais basilares categorias com as quais trabalha a história cultural. Seu desenvolvimento teórico foi, em grande medida, consequência das obras de MARCEL MAUSS e ÉMILE DURKHEIM, no alvorecer do século XX (Pesavento 2003). Nesse sentido, a professora SANDRA JATAHY PESAVENTO, evocando os ensinamentos de MAUSS e de DURKHEIM, informa-nos que as representações são:

as formas integradoras da vida social, construídas pelos homens para manter a coesão do grupo e que propõem como representação do mundo. Expressas por normas, instituições, discursos, imagens e ritos, tais representações formam como que uma realidade paralela à existência dos indivíduos, mas fazem os homens viverem por elas e nelas (Pesavento 2003). Pg.39

É digno de significativa ressalva que o conceito de representação, posto que fundamental à história da cultura e elucidativo de diversos aspectos de um tempo passado, traz em si uma inerente ambiguidade. Isso ocorre pois, ao mesmo tempo em que as representações permitem perceber a realidade de uma determinada cultura, elas não são meros reflexos dessa realidade, uma vez que são capazes de gerar condutas sociais agregadoras. Nesse sentido, uma vez mais socorrendo-nos das palavras da professora SANDRA PESAVENTO:

As representações construídas sobre o mundo não só se colocam no lugar desse mundo, como fazem com que os homens percebam a realidade e pautem a sua existência. São matizes geradoras de condutas e práticas sociais, dotadas de força integradora de força coesiva, bem como explicativa do real. Indivíduos e grupos dão sentido ao mundo por meio das representações que constroem sobre a realidade. (Pesavento 2003).pg. 39

Convém sublinhar que, à luz desse conceito de representação, o Direito, pela sua própria natureza, pode e deve ser entendido como um fenômeno de ordem cultural capaz não apenas de fazer transparecer os mais diversos aspectos da estruturação do *modus vivendi* e dos valores caros a uma certa cultura em determinada época, mas de estimular práticas que permitam a efetivação desses valores e, no transcurso de um processo histórico, levem, até mesmo, à modificação desses valores. Isso ocorre devido à força da representação.

É preciso, todavia, ter bastante claro que as representações não criam regimes de veracidade, ou seja, seu discurso não corresponde necessariamente ao real. Isso se dá pois: “a representação tem a capacidade de se substituir à realidade que representa, constituindo um mundo paralelo de sinais no qual as pessoas vivem” (Pesavento 2003). Nesse sentido, uma vez mais, instrui a professora SANDRA PESAVENTO que:

A força da representação se dá pela sua capacidade de mobilização e de produzir reconhecimento e legitimidade social. As representações se inserem em regimes de verossimilhança e de credibilidade, e não de veracidade. Decorre daí, portanto, a assertiva de Pieere Bourdieu, ao definir o real como um campo de forças para definir o que é real. As representações apresentam múltiplas configurações e, pode-se dizer que o mundo é construído de forma contraditória e variada, pelos diferentes grupos do social. Aquele que tem o poder simbólico de dizer e fazer crer sobre o mundo tem o controle da vida social e expressa a supremacia conquistada em uma relação histórica de forças. Implica que esse grupo vai impor a sua maneira de dar valor ao mundo, de estabelecer classificações e divisões, de propor valores e normas que orientam o gosto e a percepção, que definem limites e autorizam os comportamentos e os papéis sociais. (Pesavento 2003) pg. 41-2

E, finalmente, arremata mencionando que:

Em termos gerais, a proposta da História Cultural seria, pois, decifrar a realidade do passado, por meio das suas representações, tentando chegar àquelas formas discursivas e imagéticas pelas quais os homens expressaram a si próprios e ao mundo. (Pesavento 2003) pg.42

Em que pese a centralidade e a inegável importância de que goza o conceito de representação no rol dos pressupostos epistemológicos adotados no

decurso deste trabalho, é de suma importância destacar a existência de outros conceitos e pressupostos epistemológicos que embasarão a presente pesquisa. Nesse sentido, inevitável seria mencionar e utilizar o conceito de imaginário.

2.1.2 Conceito de Imaginário

Esse conceito caracteriza-se por sua significativa amplitude. Ele abarca não somente as representações coletivas, mas também ideias, crenças, mitos, formas de vida, valores, ideologias e conceitos. O imaginário, ademais, divide, hierarquiza, exclui, aponta diferenças e semelhanças. Trata-se de um sistema coerente e coeso que, em todas as épocas, se cria para conferir sentido ao mundo. Ou, em síntese, o imaginário é: “um saber-fazer que organiza o mundo, produzindo a coesão ou o conflito” (Pesavento 2003).

Aqui, importa tecer algumas breves considerações acerca de um outro conceito afeito ao de imaginário: o de mentalidade. Esse conceito foi característico do pensamento historiográfico da chamada *École des Annales*, desde suas primeiras gerações, tendo entre seus defensores e propositores o historiador LICIEN FEBVRE. O conceito de mentalidade, no entanto, jamais teve um contorno epistemológico preciso, mas relacionava-se, na perspectiva dessa escola, aos fenômenos de longa duração – *Longue Durée*.

Não se pode, contudo, afirmar que vigorava qualquer espécie de confusão entre os conceitos de mentalidade e de imaginário. Há, no entanto, que se realçar que um historiador contemporâneo, herdeiro da *École des Annales*, JACQUES LE GOFF, entende que o vago conceito de mentalidade, utilizado por FEBVRE e BLOCH foi, nos dias correntes, suplantado pelo conceito de imaginário, melhor definido e com contornos mais claros (Pesavento 2003). Esse fato realça a importância e a centralidade desse conceito na epistemologia da historiografia cultural na pesquisa

que ora se desenvolve, uma vez que, nas páginas que se seguirão, pretende-se abordar o fenômeno jurídico a partir de uma perspectiva de longa duração, incluindo no escopo da análise aspectos afeitos ao imaginário jurídico do Brasil Colônia. Não se pretende, portanto, apenas compilar em linha cronológica as diferentes leis que vigoraram nos anos iniciais de nossa formação, mas, sim, entender os valores, as estruturas sociais e mentais dessa época e, sobretudo, analisar como essas normas, valores, pensamentos, estruturas, hierarquias estão associadas ao imaginário medieval português, e como, a partir de uma perspectiva da longa duração dos fenômenos históricos, foram transpostas e desenvolvidas no além-mar.

2.1.3 Análise da formação do “medievo luso-brasileiro”

Imprudente seria deixar de ressaltar que os conceitos supracitados não abarcam a totalidade dos pressupostos metodológicos da história cultural – vale mencionar que eles sequer exaurem o rol daqueles tidos como os principais desta. Entretanto, destacam-se no presente estudo somente os conceitos necessários ao escopo deste, de modo a não sobejá-lo.

Todos os conceitos acima delineados consistem em valioso aporte epistemológico e, sobretudo, metodológico para a pesquisa ora desenvolvida. Compreender os fenômenos jurídicos a partir da ideia de representação, bem como ter delineado o conceito de imaginário, são condições básicas e indispensáveis para que se possa haver um entendimento preciso das fontes documentais, entre elas a legislação vigente à época, que serão analisadas nesta pesquisa.

No entanto, a compreensão do fenômeno de transposição de ideais medievais ainda presentes em Portugal seiscentista para o ultramar não pode se basear exclusivamente no texto legal. É verdade que a mera positivação de um comando normativo é resultado de um processo cultural e, por si só, uma

representação, um indício consistente do modo que pensava uma determinada civilização em um determinado marco temporal, uma expressão dos valores socialmente construídos por aquele povo acerca de um *modus vivendi* almejável.

Todavia, o texto normativo constitui apenas um pequeno elemento da intrincada trama que se apresenta ao pesquisador. Um entendimento amplo e correto do imaginário jurídico de um povo em uma determinada época só é alcançado de modo mais preciso analisando-se a forma como esses dispositivos normativos são efetivamente aplicados. É, sem dúvida, na aplicação de uma norma que se podem vislumbrar de modo mais claro os valores preponderantes de uma sociedade, bem como o modo como esta concebe a justiça; observam-se, ainda, as relações de poder e hierarquia entre os diversos grupos componentes de uma sociedade, além dos aspectos morais enraizados mais profundamente no imaginário coletivo desta. O modo como se aplica a lei pode, ademais, indicar mudanças sociais importantes, uma vez que o tempo legiferante nem sempre acompanha o ritmo pulsante das demandas sociais cabendo, muitas vezes, aos aplicadores da lei a tarefa de interpretá-la de modo a refletir mudanças de valores e de paradigmas sociais.

A importância de se entender o modo como se dá a aplicação da lei torna-se ainda mais manifesta no caso em estudo, uma vez que as leis que vigoraram nas primeiras décadas da colonização haviam sido talhadas para uma realidade completamente diversa daquela que se configurava no nascente Brasil. Eram representações de uma sociedade localizada do outro lado do Atlântico, mas que foram transpostas para as nossas terras. Transpuseram-se as leis e, com isso, tentou-se transpor, também, uma realidade, um conjunto de valores, em suma, todo um imaginário.

Contudo, a transposição das leis e do imaginário jurídico português, muito envolto em concepções medievais, fez surgir um novo imaginário jurídico, ainda carregado de aspectos e de ideias do medievo português, mas adaptado à realidade do além-mar. Esse “medievo luso-brasileiro”, pode ser desvelado a partir da análise da aplicação e da interpretação das leis traspostas de Portugal na colônia brasileira.

Frente à proeminência que adquirem a aplicação e a interpretação da lei no processo de compreensão do fenômeno que serve de objeto a esta pesquisa, torna-se imprescindível estabelecer-lhes contornos conceituais mais claros. Nesse sentido, ao definir a aplicação do Direito, o professor CARLOS MAXIMILIANO ensina que esta:

consiste no enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada. Submete-se às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano. (Maximiliano 2011)pg. 5

Ampliando a conceituação, MAXIMILIANO distingue três aspectos essenciais cuja observância é peremptória para a aplicação do Direito em sua plenitude, afirmando que:

para atingir, pois, o escopo de todo o Direito objetivo é força examinar: a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance (questio juris, no sentido estrito); b) o caso concreto e suas circunstâncias (questio facti); c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço. (Maximiliano 2011) pg.6

É importante destacar que, apesar de os julgadores da época não terem esse roteiro claro em mente, ele é valiosa ferramenta ao pesquisador que examina as decisões judiciais de um tempo pretérito, servindo de parâmetro e permitindo que se obtenham importantes conclusões a partir da análise.

A delineação do conceito de Interpretação, segundo MAXIMILIANO, também se faz oportuna. A esse respeito o professor, após chamar-nos a atenção para o fato

de que interpretar é “explicar, esclarecer, dar o significado do vocábulo, atitude ou gesto”, instrui-nos acerca do ofício do intérprete:

incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta. (Maximiliano 2011).pg. 8

Novamente, é certo que os ensinamentos de CARLOS MAXIMILIANO pautam-se em conceitos modernos de hermenêutica, aceitos contemporaneamente e não necessariamente em voga no período abordado por este trabalho. No entanto, não são inválidas as observações por ele apresentadas. Compreender o modo como se aplicam e interpretam as leis hodiernamente constitui referencial teórico valioso para entender o processo de aplicação de leis de um tempo pretérito, tomando os pressupostos dos quais hoje se vale a hermenêutica jurídica como marco e comparando-os com os processos interpretativos do passado, trazidos até nós pelas fontes. Dessa comparação surgem valiosas conclusões a respeito do modo como operava o imaginário jurídico de uma determinada época.

Destarte, a abordagem interdisciplinar deste trabalho consuma-se, prioritariamente, na conjunção de referenciais teóricos, de pressupostos epistemológicos e de conceitos metodológicos dessas duas disciplinas: a história cultural e a hermenêutica jurídica. É esse o aporte teórico que norteará a análise das fontes documentais que servem de embasamento à hipótese de pesquisa deste trabalho e, também, que norteará a discussão teórica que doravante se vai apresentar.

3. Discussão Teórica

3.1 A Questão

Verificar se o ideário e as instituições do Direito medieval português foram transpostos para o Brasil colonial, como se deu essa transposição e quais foram as suas consequências é o objetivo precípua deste estudo. Destarte, abordar-se-ão, a seguir, alguns pontos cruciais da pesquisa tais como periodização, seleção do escopo e das fontes.

3.1.1: A Idade Média de Longa Duração

“...no existe un tempo social de una sola y simple colada, sino un tempo social susceptible de mil velocidades, de mil lentitudes, tempo que no tiene prácticamente nada que ver con el tempo periodístico de la crónica y de la historia tradicional. Creo, por tanto, en la realidad de una historia particularmente lenta de las civilizaciones, entendida en sus profundidades abismales, en sus rasgos estructurales y geográficos. Ciertamente, las civilizaciones son mortales en sus florecer más exquisitos; cierto, resplandecen y después se apagan para volver a florecer bajo otras formas. Pero estas rupturas son más escasas, más espaciadas, de lo que se suele creer. Y, sobre todo, no lo destruyen todo por igual. Quiero decir que en un área determinada de civilización el contenido social puede renovarse por entero dos o tres veces sin por ello alcanzar ciertos rasgos profundos de estructura que permanecerán como poderosos distintivos de las otras civilizaciones vecinas. Existe también, “por así decirlo, más lenta aún que la historia de los hombres en sus íntimas relaciones con la tierra que les soporta y les alimenta; es un diálogo que no cesa de repetirse, que se repite para durar, susceptible de cambiar – como en efecto cambia – en superficie, pero que prosigue, tenaz, como si se encontrara fuera del alcance y de las tarascadas del tiempo.” (Braudel 1970)

- A história *lenta* das civilizações, Fernand Braudel

No texto em epígrafe, o historiador francês FERNAND BRAUDEL defende sua ideia de que a história não pode ser dividida de modo claro, linear, periodizado de forma exata como defende a historiografia tradicional. Propôs, ao revés, a existência de uma história de múltiplas velocidades, de longa duração. De fato, os trabalhos de BRAUDEL foram decisivos na formulação das modernas concepções historiográficas, muitas das quais serão adotadas no presente estudo.

Não foi BROUDEL, todavia, o primeiro a defender uma história de longa duração, uma história que leve em conta as permanências e não apenas as rupturas, com especial atenção à mudança significativamente mais lenta que ocorre no plano das mentalidades ou, valendo-se de uma atualização conceitual, no domínio do imaginário. BROUDEL, nesse sentido, é parte de uma tradição historiográfica que exerceu enorme influência no início do século XX, propondo mudanças epistemológicas significativas em relação ao positivismo que predominara com imenso vigor no século anterior. Trata-se da *École des Annales*.

Referida escola foi fundada por historiadores importantes como LUCIEN FEBVRE e MARC BLOCH, alcançando um prestígio expressivo no ambiente acadêmico de sua época, sobretudo na França. A escola, que se desenvolveu a partir da revista acadêmica *Anée Sociologique*, fundada por FEBVRE e BLOCH, protagonizou a defesa de uma história diferente daquela que se praticava até então. A esse respeito, ao escrever a apresentação à edição brasileira de uma das mais interessantes obras de MARC BLOCH – “*A Apologia da História ou o Ofício de Historiador*” -, LILIA MORTIZ SCHWARCZ observa que MARC BLOCH e toda a primeira geração dos *Annales* travavam uma verdadeira “guerra de trincheiras contra a história exclusivamente política e militar; uma história até então segura e tranquila dos eventos e da realidade que buscava anunciar” (Bloch 2001).

Criava-se o espaço no qual se buscava desenvolver uma história total, capaz de amalgamar, conforme já nos advertia MICHELET no século XIX, o aspecto material com o espiritual. Uma história que conferisse espaço ao indivíduo e que não excluísse aspectos culturais e mentalidades. BLOCH observa nesta obra póstuma e incompleta - brutalmente interrompida pelos atrozes fuzis nazistas que, em 16 de junho de 1944, tiraram-lhe a vida - que “a época dividida por reinados está pouco a

pouco se acabando, mas a da tirania abusiva dos séculos - divisões artificiais, em todo caso – continua (...).” (Bloch 2001). Nesse trecho, fica bastante clara a defesa de uma história ciente dos fenômenos de longa duração, únicos capazes de captar as sutis mudanças e permanências da mentalidade.

Essa teorização acerca dos fenômenos históricos de longa duração encontrou campo particularmente fértil no estudo da história medieval. Esse período, legado a local de segunda ordem pelos positivistas do século XIX, foi reexaminado à luz dessas novas perspectivas teóricas do início do século XX. Os estudos de HUIZINGA, por exemplo, fornecem uma bela pintura das cores particulares do pensamento medieval, sobretudo no ducado da Borgonha, de modo que não surpreende o fato de que muitos dos grandes nomes dos *Annales*, dentre os quais o do próprio BLOCH, tenham se dedicado ao estudo do Medievo.

Na esteira dos *Annales* segue, ainda, o Historiador JACQUES LE GOFF, autor de inestimável contribuição para o estudo do medievo na atualidade. Em sua profícua obra, LE GOFF propõe-nos uma periodização alternativa, distinta daquela tradicionalmente reconhecida pelos cânones da historiografia que o precedera. Nesse sentido, ele defende ser preciso entender a história medieval europeia a partir de uma perspectiva de longa duração, com vistas a compreender de modo mais aguçado os processos de rupturas e de continuidades que se processaram na Europa com relação às formas de viver, de pensar e de se organizar politicamente durante a Idade Média. (Le Goff 2014)

Tradicionalmente, a Idade Média se compreende dentro do recorte temporal que se inicia no ano de 476 – quando não mais há em Roma um imperador e Odoacro é proclamado rei, até ser eliminado pelo Ostrogodo Teodorico (Baschet 2006) – e termina, segundo alguns historiadores, no ano de 1453 – quando

Constantinopla, juntamente com o que restou do Império Romano do Oriente, caem nas mãos dos turco-otomanos. Deve-se ponderar, entretanto, que a data que marca o término da Idade Média, mesmo quando se consideram as mais tradicionais correntes historiográficas, não é unânime. O próprio BASCHET cita, ainda, como data que lhe parece mais adequada, o ano de 1492, quando se deu a expulsão dos mouros de Granada e, conseqüentemente, o fim do processo de Reconquista da Península Ibérica (Baschet 2006).

Entretanto, é preciso observar que essa periodização tradicional que circunscreve a Idade Média no milênio que vai do século V ao século XV encontra, na historiografia contemporânea, críticas significativas. Historiadores de renome na atualidade propuseram outras periodizações da Idade Média, dentre as quais destaca-se a hipótese proposta pelo já citado JACQUES LE GOFF que compreende uma longa Idade Média que se inicia no IV e se finda no século XVIII, ou, posto de outro modo, uma Idade Média que vai da queda do Império Romano do Ocidente à Revolução Industrial (Baschet 2006).

Essa proposta de uma periodização longa da Idade Média, posto que não é unânime, encontra respaldo entre historiadores de relevo, dentre os quais, além de LE GOFF, BROUDEL, BLOCH, e o próprio BASCHET que, a esse respeito escreveu:

(...) o conceito de longa Idade Média convida a prestar atenção à unidade e à coerência desse período de quase quinze séculos. As continuidades são múltiplas, dos ritos da realeza sagrada ao esquema das três ordens da sociedade, dos fundamentos técnicos da produção material ao papel central exercido pela Igreja. Sobretudo, uma análise global leva a concluir que os quadros dominantes da organização social não são questionados, de modo que as mesmas estruturas fundamentais persistem na sociedade europeia do século IV ao Século XIX (Baschet 2006). Pg 44

Nesse sentido, é importante frisar que não apenas as estruturas sociais persistem, como afirma BASCHET, mas também algumas instituições jurídicas de origem medieval também foram longevas na história Europeia. Como exemplo disso,

convém citar as Cortes Portuguesas. Tratava-se de uma instituição eminentemente medieval que, como definiu com objetividade MARCELO CAETANO, é uma “Assembleia dos três estados (Clero, Nobreza e Povo), convocada pelo Rei ou em seu nome e reunida com a assistência do Monarca” (Caetano, apud, Sousa 1990). É relevante, porém, o fato de que, a despeito de seu caráter inegavelmente medieval, as Cortes permanecem no ordenamento português, posto que a essa época eram muito mais raras suas deliberações, até, pelo menos, o século XIX, como se verifica pela sua convocação durante a Revolução Liberal do Porto de 1820.

Na mesma linha, situa-se um instituto análogo no Direito francês³: a Assembleia dos Estados Gerais que, com composição notoriamente similar à das Cortes Portuguesas⁴, reunindo os três Estados, também perdurou até o século XIX⁵. Esses dois exemplos dão suporte factual à afirmativa sustentada por LE GOFF e BASCHET de que a estrutura social básica forjada no medievo europeu foi suplantada apenas no século XIX, quando uma dupla revolução – que eclodiu de modo quase simultâneo na França e na Inglaterra – alterou definitiva e substancialmente as formas de organização social e de produção econômica no Ocidente (Hobsbauwn, A Era das Revoluções 2012)

Ademais, a longa periodização da Idade Média nos evidencia importantes continuidades entre épocas que, tradicionalmente, são consideradas antagônicas. A esse respeito, escreve BASCHET:

A longa Idade Média de Jacques Le Goff é uma ferramenta precisa para romper com as ilusões do Renascimento e dos Tempos Modernos. Com relação a estes últimos, transformados em uma fase da longa Idade Média,

³ Para maiores aprofundamentos acerca da divisão da Sociedade em três ordens vide: *Le Goff, Jacques. Por uma Outra Idade Média. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2014.*

⁴ Cabe a observação de que, apesar de três ordens ter existido em Portugal, ele se caracterizou, naquele reino, por uma maior flexibilidade quando comparado com outras partes da Europa. (Holanda 2014)

Jacques Le Goff sublinha com ênfase que 'o conceito de modernidade aplicado aos Tempos Modernos deve ser descartado ou senão guardado entre as velharias. (Baschet 2006)

Também no escopo do presente trabalho, a periodização longa da Idade Média mostra-se solução epistemológica da mais vasta acuidade, uma vez que evidencia as continuidades entre o medievo e a modernidade, que não são, em nenhuma medida, desprezíveis. De tais continuidades, interessam aqui sobretudo aquelas que têm relação com as instituições, sobretudo as jurídicas, e com o imaginário, com ênfase no que diz respeito ao Direito, que foram transpostas de Portugal para o além-mar.

Doravante, explorar-se-á de maneira mais clara as relações entre o Direito Medieval lusitano e das formas de pensar medievais que circundavam a ideia de Direito e os fenômenos jurídicos que se observaram na colônia. Procurar-se-á fazer tal análise com base nos conceitos de *Longue Durée*, procurando, sempre que possível, identificar as reminiscências que se transpuseram do reino lusitano para o além-mar, inclusive as jurídicas, visando a desvelar o novo caráter que essas normas, instituições e ideias sobre o Direito adquiriram quando adaptadas à realidade da colônia, com especial ênfase no período que compreende os séculos XVI e XVIII.

3.2 Idade Média no Brasil?

Diante do conceito de *Longue Durée* acima delineado, impõe-se a indagação: houve uma Idade Média no Brasil? A resposta para essa pergunta não é trivial, muito menos exata. A ideia de que possa ter havido uma Idade Média em terras americanas é ponto controverso entre historiadores. Notoriamente, historiadores ligados a correntes historiográficas mais tradicionais refutam tal ideia de modo veemente. O professor BORIS FAUSTO, em seu livro "*História do Brasil*", ao

rejeitar qualquer possível comparação entre o feudalismo europeu e o sistema de capitânicas hereditárias que se instalou no Brasil, assevera que a discussão de uma Idade Média americana está, hodiernamente, superada e ultrapassada (Fausto 2012).

No entanto, mesmo historiadores absolutamente canônicos como, por exemplo CARLOS MALHEIRO DIAS, não ignoram as semelhanças entre o medievo lusitano e o processo que levou ao estabelecimento do domínio português na América. Nesse sentido, o mesmo ocorre com historiadores ligados à nova história⁶. Nesse contexto, cumpre destacar o interessante posicionamento de JÉRÔME BASCHET, que defende ter ocorrido uma “Idade Média em terras americanas” (Baschet 2006). Em seu livro *“A Civilização Feudal”*, BASCHET centra sua pesquisa no México, buscando demonstrar que a conquista da América representa a continuidade de um movimento inegavelmente medieval: a conquista do continente americano. Portanto, está mais próximo de uma continuação, do que de uma ruptura dramática com o medievo.

Nota-se, com elevado interesse que, na tese de BASCHET, o ano de 1492 ocupa posição de evidente centralidade. Sem dúvida, esse ano foi particularmente relevante para a história da Península Ibérica e, em especial, para a história espanhola. Nas palavras do próprio BASCHET:

Este ano (1492) é marcado por uma notável constelação de eventos de primeira importância para a Península Ibérica e para o Ocidente: além da chegada de Colombo às ilhas das Caraíbas, o glorioso fim do cerco de Granada levado a cabo por Fernando de Aragão e Isabel, a Católica, a expulsão dos judeus dos reinos de Aragão e Castela, sem falar na publicação da primeira gramática de uma língua vernácula, a Gramática Castelhana de Antônio de Nebrija. (Baschet 2006, 26)

⁶ Forma também usada na historiografia para se referir à História Cultural.

Dentre todos esses eventos citados por BASCHET, há que se destacar a conexão entre o fim da reconquista da Península Ibérica e o início da expansão oceânica. Para BASCHET, esses dois fenômenos estão intrinsecamente conectados e, mais do que isso, um é a natural continuação do outro. Não há, segundo defende o historiador, significativa ruptura entre os esforços para recuperar os territórios que estavam ocupados pelos mouros e encontrar um novo caminho para as Índias. BASCHET argumenta que: “os dois fatos - assim como a expulsão dos judeus – participam de um mesmo projeto de consolidação da unidade cristã, da qual os Reis Católicos pretendem, entre os soberanos ocidentais, ser os campeões”. (Baschet 2006)

Desse modo, BASCHET deixa clara a conexão entre Reconquista e Conquista, objetivando a expansão da fé católica. BASCHET comprova, inclusive, sua acertada interpretação sobre as bases ideológicas desses fenômenos com palavras do cronista LÓPEZ DE GOMARA que, em 1552, escreveu: “Desde que foi terminada a conquista sobre os mouros [...] começou a conquista das índias, de modo que os Espanhóis estiveram sempre em luta contra os infiéis e os inimigos da fé”. (Gomara, apud Baschet 2006).

Não se deve pensar que esse posicionamento seja uma voz solitária no ambiente acadêmico. Ao revés, a ideia de que há continuidades expressivas entre a expulsão dos mouros da península ibérica e o estabelecimento das colônias na América já fora trazida a lume pela obra dos Professores CARLOS MALHEIRO DIAS e ALBINO DE SOUSA CRUZ, em “*História da Colonização Portuguesa do Brasil*”⁷, cujos

⁷ Trata-se de obra de três volumes que adquiriu caráter basilar na historiografia colonial brasileira, que se destaca não apenas pela sua extrema erudição, mas também pela extensiva utilização de fontes primárias, muitas das quais estão reproduzidas em suas páginas.

aspectos serão melhor explorados em capítulos posteriores deste trabalho, onde já na introdução, lê-se:

“O Brasil é consequência de uma adaptação gradual dos emigrados em outro espaço do planeta, para onde transportaram o sentimento de pátria, que encadeia o homem à terra, o enraíza ao solo, o arremessa em fúria contra o intruso (s). No Brasil, o português atacou o aborígene adverso como atacara o mouro; pelejou contra os invasores francês, batavo e britânico como pelejara contra o romano, o leonês e o castelhano. Colonizando o Brasil, os portugueses repetiram, com as diferenciações impostas pelas circunstâncias e o ambiente, a obra de constituição guerreira, social e política da metrópole . A tarefa que realizaram no Brasil pode definir-se como a tentativa de fundar uma outra pátria na América—a Nova Lusitânia de Duarte Pacheco—e nesse empreendimento formidável exauriram as energias remanescentes dos seus anteriores tentamens imperialistas⁸”. (Dias 1924) p. 05.

Em relação à expansão da cristandade no século XVI, a partir da península ibérica, é imperativo explorar a opinião do historiador SERGE GRUZINKI, demonstrada em sua insigne obra intitulada “*A Águia e o Dragão*”. Em seu livro, GRUZINKI propõe interessante reflexão a respeito da grande expansão ibérica que se deu no século XVI. O historiador argumenta que:

Ela (a expansão ibérica) respondeu a opções políticas, cálculos econômicos e aspirações religiosas que se conjugaram, com maior ou menor eficácia, para atrair marinheiros, soldados, padres e comerciantes a milhares de quilômetros de distância da península ibérica, num deslocamento em todas as regiões do mundo” e prossegue dizendo que: “A expansão ibérica provocou reações em cadeia e, com frequência, choques que desestabilizaram sociedades inteiras. Foi o que aconteceu na América (Gruzinski 2015, 16).

Não se pode negligenciar os alertas que faz GRUZINKI nos trechos supracitados. Primeiramente, associar a expansão ibérica do século XVI exclusivamente à expansão da cristandade constituiria perigoso reducionismo, capaz de levar às mais equivocadas conclusões. Ademais, é digno de nota o caráter global dessa expansão muito bem ilustrado no título do livro que, visando a analisar

⁸ Consiste em um livro publicado em 1924, em comemoração ao centenário da independência do Brasil, de modo que essa referencia deve ser entendida no contexto daquela época

de modo paralelo as interações ibéricas com a América e com a Ásia, relaciona a Águia asteca com o Dragão chinês.

Todavia, seria igualmente equivocado pensar que a cristianização dessas novas áreas atingidas pelo expansionismo ibérico seiscentista não estivesse entre as prioridades dos colonizadores. No Novo Mundo, em particular, essa intenção catequizadora fez-se sentir com extremo vigor, como se verá posteriormente neste estudo. Porém, é interessante notar, ainda que fora do escopo deste trabalho que, conforme atesta a documentação, também na China e na Índia essa preocupação esteve presente.⁹

Deve-se chamar atenção, ademais, para o fato de que o descobridor da América, Cristóvão Colombo era, em essência, um homem medieval. É importante asseverar o fato de que a defesa que Colombo fazia sobre a forma esférica do mundo não é um pensamento absolutamente estranho para a época e, de modo algum, inovador. Na verdade, é preciso desmistificar a ideia de Colombo como um visionário genial (Baschet 2006).

A esfericidade da terra já era uma hipótese muito conhecida na antiguidade e no medievo, defendida por importantes nomes como Alberto “o Grande”, na antiguidade, e Pedro de Ailly, no período medieval. BASCHET assevera que o grande mérito de Colombo não foi, em si, a defesa da esfericidade da terra, mas:

(...)além de seus talentos de navegador e de organizador, está ligado a uma série de erros de cálculo. O debate suscitado, ao longo dos anos que

⁹ A título de exemplo, cita-se um manuscrito arquivado na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro. Trata-se de um “*Ofício ao arcebispo de Goa, Andreas Candela, lembrando da posição do papa Gregório XV que favoreceu o funcionamento das missões para expandir a doutrina católica, além da penetração dos membros da Companhia de Jesus no território chinês. (descrição da própria Biblioteca Nacional)*”

precedem sua aprovação, não diz respeito ao caráter esférico da Terra, mas à avaliação da distância marítima a ser percorrida a partir da Europa, para atingir o Japão pelo Oeste e, por consequência, ao caráter factível da rota ocidental para as Índias (Baschet 2006, 28).

Com base nessa conexão de eventos, portanto, BASCHET logra êxito ao demonstrar que, no caso espanhol, a expansão marítima teve uma dimensão, em grande parte, associada à necessidade, tipicamente medieval, de propagar a fé cristã e de se combater os infiéis, uma vez que a conquista do Novo Mundo seria, afinal, uma prorrogação da reconquista da Península Ibérica. Com base nisso e nos outros argumentos apresentados ao longo de *“A Civilização Feudal”*, parece imperativo reconhecer a medievalidade do imaginário partilhado por aqueles que cruzaram o Atlântico para colonizar o além-mar.

No caso da América portuguesa, todavia, essa continuidade da Idade Média centrada na extensão da reconquista da Península Ibérica e da conquista do Novo Mundo parece menos óbvia, uma vez que a reconquista do território lusitano se deu em um espaço temporal muito distinto daquele em que a reconquista espanhola. Em Portugal, a data que marca o fim da reconquista é o de 1249, no qual as forças militares de D. Afonso Henriques expulsaram os mouros da cidade de Faro sendo, ainda, um importante marco na formação do próprio Estado português.

Assim sendo, na época da expansão marítima, Portugal já era um Proto-Estado centralizado¹⁰ e a reconquista do território era um fato perfeitamente

¹⁰ A centralização fora alcançada, mas não se conformara em realidade incontestada. A esse respeito, STUART B. SCHWARTZ, chama-nos a atenção para o modo como a burocracia judiciária foi-se convertendo ao longo dos séculos XIV, XV e XVI no principal elemento articulador da política centralizadora da monarquia lusitana. (Schwartz 2011)

consumado. Nesse sentido, cabe retomar a indagação com que esse capítulo se inicia: afinal, houve uma Idade Média brasileira¹¹?

A resposta para essa pergunta é, sem dúvida, complexa e necessitaria de uma análise profunda e holística dos aspectos de vida, cultura e estruturação social da colônia. Contudo, no campo do Direito, as relações com a Idade Média portuguesa podem, sem dúvida, ser identificadas, não apenas nas leis e estruturas jurídicas de origem medieval, que foram transpostas para a colônia, mas também no imaginário jurídico que para cá se transpôs e no uso político que se fez do Direito.

Nesse sentido, é sabido que leis medievais, especialmente as Ordenações, em especial as Manoelinas e as Filipinas, vigeram na colônia, bem como a Lei das Sesmarias, datada do século XIV. Sabe-se, ainda, que existiam instituições medievais, como as Cortes Medievais Portuguesas e o Tribunal do Santo Ofício. No entanto, é preciso fazer uma análise mais aprofundada de como essas normas e instituições foram transpostas da Europa para a América portuguesa, a fim de se entender quais foram, de fato, as rupturas e as continuidades entre o Direito Medieval português, o imaginário jurídico medieval português e a prática jurídica da colônia. Em suma, busca-se saber quais foram as reminiscências medievais (José Rivair Macedo 2011) que, nos séculos XVI e XVII, se faziam presentes na aplicação e na formulação do Direito colonial brasileiro.

O que nos resulta claro é que, sendo a história feita de uma sucessão de rupturas e continuidades, é possível defender a transposição de uma série de institutos e, mais ainda, de todo um imaginário inequivocamente medieval na América. Os marcos temporais canônicos da historiografia tradicional, portanto,

¹¹ Embora o termo seja também empregado na obra de CARLOS MALHEIRO DIAS, o sentido que aqui se lhe atribui é bastante distinto. No presente trabalho, pretende-se justificar tal terminologia a partir de uma análise do fenômeno jurídico a partir da ótica epistemológica da historiografia cultural.

mostram-se muito pouco eficazes para nos fazer compreender os complexos matizes da história cultural e, posto que o Direito é um fenômeno cultural, da própria história do Direito. Propõe-se, portanto, partindo do pressuposto epistemológico de que o Direito é uma representação cultural, uma revisão a respeito do Direito Colonial brasileiro, bem como de sua aplicação.

Assim sendo, as evidências oriundas do estudo da transposição de institutos jurídicos medievais portugueses para o Brasil nos servem de janela para compreender o modo como se pensava e se operava o Direito à época. Acredita-se, pois, que a colonização e o regime legal que orientou a ocupação de terras na colônia, bem como o uso político que se fez de institutos jurídicos, constituem reminiscências do medievo. Destarte, pretende-se demonstrar que aquilo que, no caso mexicano, JEROME BASCHET chamou de uma *“herancia medieval”* (Baschet 2006), também ocorreu no Brasil, ainda que por vias distintas e com cores próprias.

Em suma, o Direito colonial nos serve de ferramenta bastante útil para compreender o caráter medieval da conquista do Novo Mundo, pois sendo uma representação, ele reflete os valores caros àquela época e, além de mero reflexo, é instrumento que orienta a conduta daqueles a que deviam sujeição. Nesse sentido, a escolha de um regime disciplinado por uma norma do século XIV para regular e nortear toda a ocupação das terras da nascente província ultramarina indica, a um só tempo, a identificação, não necessariamente plena, que aqueles homens do século XVI tinham com o modo de se pensar a estrutura fundiária do século XIV.

Essa escolha, ainda, torna evidente uma segunda característica da representação, que é a de reproduzir uma conduta. Destarte, não apenas a sociedade, as instituições políticas e os homens daquela época inicial da colonização brasileira partilhavam uma franca identificação com a legislação de

sesmarias, mas a sua aplicação no além-mar desencadeou a atuação dos colonizadores e do Estado pautados em valores francamente medievais. Ou seja, como é próprio do conceito de representação, a aplicação da lei de sesmarias não apenas serviu de reflexo da harmonia de parte do pensamento seiscentista com aquele do século XIV, mas produziu, ainda, uma conduta, gerando um comportamento também repleto de reminiscências medievais.

Portanto, o estudo que aqui se apresenta visa a identificar algumas dessas reminiscências do pensamento e também de instituições jurídicas do medievo português com foco em três esferas: a do Direito Civil, a do Direito Criminal e, sobretudo, a do Direito Canônico, centrado especificamente na atuação do Tribunal do Santo Ofício. Pretende-se compreender, a partir de análise documental, como as relações jurídicas nessas três áreas se processavam e em que medidas essas relações são herdeiras das formas de pensar de agir e de compreender o mundo no medievo.

No Direito Civil, o instituto que aqui desperta maior interesse é o das sesmarias. Trata-se de um instituto tipicamente medieval, surgido em Portugal no ano de 1375 e que foi transposto para o Brasil. Foi esse o principal instrumento utilizado para possibilitar a ocupação fundiária no Brasil colônia. Nesse sentido, o que aqui importa é compreender quais são as reminiscências de origem medieval que acompanham o instituto, bem como as novas feições que tal instituto adquiriu ao ser transposto para o Novo Mundo (Nozoe 2006).

No Direito Criminal, a reminiscência medieval que mais salta aos olhos é a confusão entre infração e pecado. Tal simbiose conceitual é uma derivação direta da própria conexão entre Rei e Igreja. A noção de que a infração é um dano à coletividade e ao soberano é uma noção medieval, e a amalgama entre Poder

Secular e Poder Eclesiástico fazia com que a infração fosse, também, um pecado, uma ofensa a Deus (Foucault 2012). A esse respeito, há que se observar a função do Direito Penal como poderoso elemento educativo, capaz de servir de arma na busca pela paz e pela defesa dos valores fundamentais de uma determinada sociedade (Gonzaga, 1993). No que concerne ao Direito colonial, pode-se observar essa reminiscência do medievo na própria legislação portuguesa que mais teve aplicação durante os primeiros séculos da Colônia: as Ordenações Filipinas que, em seu Livro V, Título I, tipificam crimes referentes aos Hereges e Apóstatas e estatuem as penas compatíveis. (Portugal 1603-1830)

Por fim, no Direito Canônico, aquilo que mais nos interessa é entender atuação do Tribunal do Santo Ofício. É nessa seara que, talvez, se possa compreender de modo mais expressivo o caráter medieval da expansão marítima lusitana. Isso se dá, pois, não obstante existirem questões comerciais e políticas sobre as quais alertou GRUZINKI, a atuação do Santo Ofício desvela a preocupação dos portugueses em não apenas expandir seu território e auferir vantagens de natureza comercial e mercantil, mas de expandir a fé cristã para todo o mundo.

Esse elã que faz a cristandade expandir rumo ao Novo Mundo deixa-se transparecer em outros aspectos da vida política da colônia como, por exemplo, nos esforços catequizadores empreendidos pelas missões dos jesuítas. Todavia, na aplicação do Direito canônico pelo Tribunal do Santo Ofício, esse traço marcante do imaginário de nossos colonizadores adquire especial vivacidade.

Uma característica preponderante, nesse sentido, é que a atuação da Santa Inquisição no Brasil, bem como em outras regiões do império Português, não se preocupou de modo particularmente intenso com as causas de bruxaria e feitiçaria, como ocorreu em outras partes. No Brasil colonial, assim como em

Portugal, como se verá com maiores minúcias na análise documental, a preocupação principal dos inquisidores se deu contra os judeus, em especial aqueles conhecidos como cristãos novos (Gonzaga, 1993) Cumpre destacar que o Tribunal do Santo Ofício de Lisboa exercia jurisdição sobre os casos da Colônia, tendo, inclusive, realizado visitas ao novo território, como a que se estendeu entre 1591 e 1595.

Assim sendo, parece possível, *prima facie*, identificar importantes continuidades entre as instituições jurídicas que se desenvolveram no medievo português e as que se aplicaram na colônia. Muitas delas, como se viu, foram criadas no período medieval e transpostas para o além-mar, como é o caso da Lei das Sesmarias, das Ordenações e dos Cânones que disciplinavam a atuação do Tribunal do Santo Ofício. Outras, embora elaboradas em um momento posterior àquele que a historiografia tradicional denomina Idade Média, são ainda de forte caráter medieval, frutos de um processo cultural repleto de reminiscências medievais, ainda fortemente vinculados a um imaginário que insiste em permanecer vivo desde a época feudal, que não se encerrou abruptamente no século XVI, mas, ao contrário, perpetuou-se por muito tempo, mantendo-se vivo, em diferenciados aspectos da vida cultural.

Desse modo, a despeito de não haver, no caso lusitano, a coincidência cronológica entre o descobrimento das terras de além-mar e a expulsão dos mouros de seu território, é possível perceber que a dinâmica cultural e o imaginário dos aventureiros que se lançaram ao mar rumo às terras desconhecidas no século XVI ainda eram permeados por traços fortemente medievais, que se demonstravam, em maior ou menor grau, nas concepções quanto à organização social, à justiça e à fé. Para esses aventureiros, a expansão da fé cristã era também preponderante em

suas expedições. Não se pode dizer, todavia, que o imaginário dos Cruzados tenha se perpetuado de modo imutável até o século XVI, e que tenha sido transplantado cristalino aos navegadores. Não se pode afirmar, ainda, que um Cruzado e um navegador pensassem da mesma maneira. Contudo, o que os documentos parecem apontar é que a ideia de expansão da cristandade, característica do século XII, permaneceu forte no imaginário medieval europeu ao longo dos séculos posteriores.

Destarte, a pesquisa até agora conduzida parece apontar na direção de que, também na América portuguesa, houve uma medievalidade, ainda que com contornos distintos daquela que se desenvolveu na América hispânica. Ademais, parece-nos que essa medievalidade demonstrou-se claramente no Direito a partir de transposição de institutos e do próprio modo de conceber as relações jurídicas no que diz respeito à terra, à infração, à jurisdição e ao Direito eclesiástico.

Acredita-se, ademais, que essa herança medieval, que na América portuguesa desenvolveu-se, adquiriu contornos próprios. A transposição de um instituto sempre gera adaptações deste à realidade para a qual foi transposto, razão pela qual se acredita que a aplicação da lei nessas quatro esferas, embora guiada por uma mentalidade medieval, tem contornos próprios, com um colorido muito diferente daquele que se viu em Portugal.

4. Como posso saber o que lhes vou dizer.

O título deste capítulo não é, de modo algum, original, seguindo praticamente à risca as recomendações DE MARC BLOCH que, em seu já mencionado livro de metodologia, aconselha a todos aqueles que pretendem se aventurar na pesquisa do passado esclarecer seu leitor acerca dos caminhos percorridos para chegar às conclusões apresentadas na pesquisa (Bloch 2001). De fato, não raras

vezes, o caminho percorrido por aquele que estuda o passado não se mostra cristalino ao seu interlocutor, ademais, muitas vezes este interlocutor acaba se vendo na impossibilidade de percorrer o caminho inverso ao do pesquisador, tornando a verificação da veracidade do texto difícil.

É preciso dizer que a análise documental deriva de uma escolha do pesquisador, não de uma mera casualidade. Assim, BLOCH alertou-nos para esse fato quando afirmou que:

(...) os documentos não surgem aqui ou ali por efeito [de não se sabe] qual decreto misterioso dos deuses. Sua presença ou ausência em tais arquivos, em tal biblioteca, em tal solo deriva de causas humanas que não escapam de modo algum à análise, e os problemas que sua transmissão coloca, longe de terem apenas o alcance de exercícios técnicos, tocam eles mesmos no mais íntimo da vida do passado, pois o que se encontra assim posto em jogo é nada menos do que a passagem da lembrança através das gerações (Bloch 2001, 83)

Desse modo, não pode ser entendida como mera coincidência a abundância de registros preservados no acervo da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro acerca da atividade do Tribunal do Santo Ofício, que comporta de processos completos à coletânea de denúncias e, até mesmo, alvarás administrativos, com a relativa escassez de registros antigos referentes às atividades de outras instituições jurídicas da colônia. Esse fato, por exemplo, pode ser interpretado sob dois aspectos: primeiramente, revela a organização interna do Tribunal do Santo Ofício e, em segundo plano, sua importância na condução da colonização.

Outro traço interessante e característico a respeito da prova documental é que ela não fala nada aos que não sabem lê-la. A mera leitura não criteriosa do documento não revela quase nada a respeito da época que se pretende estudar, de modo que é preponderante ao pesquisador saber traçar um questionário a partir do qual ele conduzirá sua investigação das fontes documentais (Bloch 2001).

Nesta pesquisa, os documentos analisados estão, em sua quase totalidade, abrigados no acervo da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro, especialmente na seção de manuscritos. Buscou-se analisar, além da legislação positiva, sobretudo, as Ordenações, o corpo legislativo conhecido como legislação extravagante e outros documentos que evidenciem o modo de se pensar o Direito no Brasil ao longo dos séculos XVI e XVII.

Tentou-se perceber como se manifestam, no Direito – compreendido sempre como representação – traços de um imaginário carregado de reminiscências medievais – como a ideia de expansão da cristandade se deixa transparecer nos textos jurídicos da época e como o Direito serve de instrumento político para a efetivação desse imaginário, desses valores medievais que se operaram na colônia, tendo como base um questionário cujos contornos serão melhor delineados no capítulo destinado à análise documental.

5. O Brasil não foi uma terra de castelos e dragões

Uma última observação antes do encerramento da primeira parte deste trabalho é a de que, em que pese a defesa da existência de uma Idade Média brasileira, não se pode dizer que o Brasil foi uma terra de castelos e dragões.

A análise que ora se propõe é centrada na permanência de um imaginário medieval associado à longa duração dos fenômenos históricos. Isso significa que a defesa que aqui se faz é a de que traços do pensamento medieval português, do modo como se concebia o mundo, a fé, o Direito no medievo lusitano, mantinham-se vivos no espírito daqueles que se lançaram ao mar para colonizar as terras do Novo Mundo.

Isso não significa, contudo, que a cultura medieval europeia, em especial a portuguesa, tenha se transportado inalterada para a América, não significa que as mesmas alegorias, as mesmas lendas, as mesmas tradições tenham se repetido deste lado do atlântico. Por isso, afirma-se que o Idade Média do Brasil não foi uma de castelos e dragões, de torneios e banquetes, de ordens de cavalaria¹² e Cruzadas. Diz-se, entretanto, que elementos dessa tradição estavam ainda muito viva no imaginário daqueles que, no século XVI, partiram em direção aos quatro cantos do mundo.

A medievalidade brasileira não se manifesta, pois, tanto nas alegorias, nas vestimentas, nos modos de se portar e nas lendas. Ela se deixa entrever nos valores, nas formas de organização social, nas formas de organização institucional e nas leis dos que aqui empreenderam a colonização.

Assim sendo, é preciso ter claro que a Idade Média brasileira, supondo que se possa empregar tal terminologia, não foi uma cópia do medievo lusitano, não sendo, sequer, uma “segunda” Idade Média reencenada no além-mar. Antes, constitui um desdobramento da permanência de estruturas mentais, sociais e legais da Idade Média Europeia. Constitui-se, em suma, uma parte daquilo que JACQUES LE GOFF intitulou a longa Idade Média (*Longue Durée*).

6. Análise documental

Em que pese a dificuldade de acesso aos documentos, foi possível identificar e selecionar fontes primárias para análise futura e elaboração de estudos de caso. Tratam-se de correspondências oficiais, documentos do Santo Ofício e

¹² Apesar de existirem ainda hoje Ordens nos mesmos moldes das Ordens de Cavalaria medievais, elas não possuem a mesma significação que possuíam naquele período

processos judiciais da época colonial disponíveis no Acervo Digital da Biblioteca Nacional, da plataforma Jus Lusitanae e do Resgate Ultramarino de Portugal¹³.

Assim sendo, os passos de pesquisa a serem realizados consistem na análise dessas fontes primárias, com o fito de nelas buscar elementos que corroborem a hipótese de uma herança medieval do Direito português na formação do Direito da colônia.

Necessita-se, ainda, da elaboração das linhas gerais que guiarão a análise das fontes primárias e a avaliação do material já selecionado.

7. Considerações sobre os Primórdios da Colonização

7.1. Primeiros Observadores do Nascente Brasil

Neste dia, a horas de véspera, houvemos vista de terra! Primeiramente dum grande monte, mui alto e redondo; e doutras serras mais baixas ao sul dele; e de terra chã, com grandes arvoredos: ao montealto o capitão pôs nome – o Monte Pascoal e à terra – a Terra da Vera Cruz.

Pero Vaz de Caminha

Como foi dito acima, o tempo do imaginário não é o mesmo da dinâmica das estruturas sócias, políticas ou mesmo jurídicas. As características marcantes do imaginário de uma certa época tendem a permanecer por diversas gerações, mudando muito mais lentamente do que o ritmo das transformações políticas ou sociais se lhe tenta impor. Isso não quer dizer, todavia, que o imaginário seja imune a essas mudanças. Ao contrário, ele as absorve e repercute, seguindo sempre uma dinâmica própria, uma cadência que lhe é peculiar.

É nesse sentido que se pode inferir que o imaginário de uma certa época, e aqui será tomada a renascença como exemplo, é reativo aos processos políticos, sociais e culturais que são próprios dessa época, mas sempre carregado de

¹³ Referidos acervos encontram-se disponíveis ao público, respectivamente, nos endereços eletrônicos: <http://bndigital.bn.br/acervodigital/>, <http://www.iuslusitanae.fcsh.unl.pt/> e <http://resgate.bn.br/docreader/docmulti.aspx?bib=resgate&pagfis>. Acesso em: 16 Set. 2016.

reminiscências de tempos pretéritos. Em outras palavras, equivale dizer que o homem renascentista é, sob a ótica cultural, em muitos aspectos, também um homem medieval.

Isso que, a primeira vista salta aos olhos como um paradoxo, é na verdade consequência do próprio conceito de imaginário. Assim, por essa razão, mesmo quando CARLOS MAGNO voltou-se para antiguidade¹⁴ - buscando, dentre outras coisas, preservar o bom latim, que pensava-se estar ameaçado pela suas vertentes vulgares - ele não abandonou as tradições francas.

Do mesmo modo, os homens ditos renascentistas, no século XVI e XVII, que, por um lado cultivavam o apreço pelo conhecimento racional, pela empiria, mirando-se nos antigos e, por outro lado, não abandonavam o pensamento fortemente católico e ainda bastante simbólico, arraigado no Ocidente durante a Idade Média. Essa coexistência entre o imaginário medieval e a busca de se aproximar dos antigos é marca própria do período em análise neste estudo, como demonstram os escritos dos navegadores, viajantes e juristas, cujos trabalhos serão abordados doravante.

Esse pensamento medieval, tanto para questões de natureza teológica, como para questões cotidianas, é caracterizado pela necessidade de atribuir à todas as coisas uma dimensão mística – seja divina ou demoníaca mas, sempre, atemporal. HUIZINGA o descreveu muito bem em seu ensaio intitulado “*O Ountono da Idade Média*”, onde se lê:

O homem medieval pensa no cotidiano usando os mesmos moldes de sua teologia. O fundamento, tanto aqui como lá, é a arquitetura do idealismo que a escolástica chamava de realismo: a necessidade de isolar cada noção e dar-lhe uma forma de eternidade, para então organizá-las em vínculos

¹⁴ Trata-se do episódio conhecido como renascimento carolíngio, um dentre muitos renascimentos que a lidade Mémedia testemunhou. (Baschet 2006)

hierárquicos, e com elas sempre voltar a erigir templos e catedrais, como uma criança que brinca com seus blocos de montar. (Huizinga 2013, 375)

Não se quer dizer que esse pensamento místico ainda se manifestasse com a mesma plenitude que o fizera no século XIV no correr no século XVI. Ao contrário, uma característica interessante dos escritos elaborados pelos letrados dessa época é a nítida manifestação de um esforço em tentar compreender o mundo de modo empírico, sempre à luz do pensamento racional. No entanto, essa busca pela racionalidade acaba coexistindo com as reminiscências desse pensamento típico do medievo, fortemente simbólico e carregado de misticismo, no qual todas as coisas da terra acabam por eternizarem-se.

A esse respeito é bastante ilustrativo observar que esse pensamento simbólico é, no início do século XVI, objeto de consciente oposição. Os homens mais letrados já direcionam-lhe, com obstinado aferro, fortes críticas a tal ponto, que nas primeiras linhas de sua Carta enviada ao Rei de Portugal D. Manuel I, PERO VAZ DE CAMINHA diz:

Tome Vossa Alteza, porém, minha ignorância por boa vontade, e creia bem por certo que, para aformosear nem afear, não porei aqui mais do que aquilo que vi e me pareceu. (Caminha 1500)

Com essa formulação, CAMINHA demonstra com clareza seu compromisso de utilizar, como ferramenta precípua para a descrição daquelas novas e desconhecidas terras, a razão, baseando suas observações e descrições naquilo que viu e experimentou, buscando evitar a conexão de todas as experiências ao um plano místico e simbólico.

Entretanto, vestígios de um pensamento medieval simbólico encontram-se destilados ao longo da cata. Exemplo disso se observa no seguinte trecho:

Quando saímos do batel, disse o Capitão que seria bom irmos direitos à Cruz, que estava encostada a uma árvore, junto com o rio, para se erguer amanhã, que é sexta-feira, e que nos puséssemos todos de joelhos e a beijássemos para eles verem o acatamento que lhes tínhamos. E assim fizemos. A esses dez ou doze que aí estavam, acenaram-lhe que fizessem assim, e foram logo todos beijá-la.

Parece-me gente de tal inocência que, se homem os entendesse e eles a nós, seriam logo cristãos, porque eles, segundo parece, não têm, nem entendem em nenhuma crença.

E portanto, se os degredados, que aqui hão de ficar aprenderem bem a sua fala e os entenderem, não duvido que eles, segundo a santa intenção de Vossa Alteza, se hão de fazer cristãos e crer em nossa santa fé, à qual praza a Nosso Senhor que os traga, porque, certo, esta gente é boa e de boa simplicidade. E imprimir-se-á ligeiramente neles qualquer cunho, que lhes quiserem dar. E pois Nosso Senhor, que lhes deu bons corpos e bons rostos, como a bons homens, por aqui nos trouxe, creio que não foi sem causa.

Portanto Vossa Alteza, que tanto deseja acrescentar a santa fé católica, deve cuidar da sua salvação. E prazerá a Deus que com pouco trabalho seja assim". (Caminha 1500)

Nele, deixam-se transparecer de modo mais preponderante dois atributos medievais em sua origem. Primeiramente, a necessidade de associar a existência dos índios a um propósito maior, associado à cristandade: "E pois Nosso Senhor, que lhes deu bons corpos e bons rostos, como a bons homens, por aqui nos trouxe, creio que não foi sem causa". Conecta-se, pois, a existência do índio a um fim abstrato, simbólico¹⁵, amparado na ordem católica do universo.

O segundo ponto de contato com o medievo expressa-se no último parágrafo. Aqui, está expressa a intenção do Rei lusitano em promover a propagação da cristandade, razão pela qual CAMINHA diz que ele deverá cuidar da Salvação do Gentio. E, de fato, essa foi uma das mais importantes preocupações que a Coroa portuguesa manifestou ao promover a colonização de sua recém descoberta Província.

A esse respeito, PERO DE MAGALHÃES GÂNDAMO – observador que andou pelas terras da Província de Santa Cruz aproximadamente setenta anos após o seu

¹⁵ no sentido proposto por HUIZINGA. (Huizinga 2013)

descobrimto - asseverou que a povoação da nova província ultramarina deu-se, largamente, em função do desejo de se expandir a cristandade. Em seu livro, intitulado “*História da província de Santa Cruz a que vulgarmente chamamos Brasil*”, lê-se:

Lançando-se da linha equinocial para o sul tem esta província oito capitánias povoadas de portugueses, que contêm cada uma mais o menos cinquenta léguas de cota, e demarcam-se uma das outras por uma linha lançada de leste a oeste, e assim ficam limitadas por estes termos entre o mar oceano e a linha de repartição geral dos reis de Portugal e Castela¹⁶. As quais capitánias e-rei d, João, o terceiro, desejoso de plantar nestas partes a religião cristã, ordenou em seu tempo, escolhendo para o governo de cada uma delas vassallos seus de sangue e merecimento, em que cabia essa confiança. (Gândavo 1576, 57)

Nesse texto de GÂNDAMO, uma vez mais se repercute a noção de que a expansão marítima lusitana conecta-se ao movimento originariamente medieval de expansão da cristandade. Em outras partes do texto, o desejo de que se fizesse da província do Brasil uma terra cristã também se deixa transparecer de modo evidente. É o caso, por exemplo, do início do capítulo treze do referido livro, onde se lê:

Por todas as capitánias desta província estão edificados mosteiros dos padres da Companhia de Jesus, e feitas em algumas partes algumas igrejas entre os índios que são de paz, onde residem alguns padres para doutrinar e fazer cristãos, o que todos aceitam, facilmente, sem contradição alguma. Por que como eles não têm nenhuma lei, nem coisa entre si a que adorem, é-lhes muito fácil tomar essa nossa (Gândavo 1576, 169).

É preciso notar que GÂNDAMO, assim como CAMINHA, apresenta em seu espírito um paradoxo. Sendo um homem da renascença, ele busca, também, compreender o mundo a partir de uma perspectiva empírica - como ele mesmo diz ao leitor de sua obra sobre a província do Brasil (nome esse a que ele veementemente se opõe preferindo chamá-la de Terra de Santa Cruz¹⁷) que é

¹⁶ Refere-se ao acordo que se conhece como Tratado de Tordesilhas, assinado pelos Reis Espanhol e Português no ano de 1494.

¹⁷ GÂNDAMO é um dos pensadores de sua época a empreender uma firme campanha em oposição ao nome Brasil. A justificativa para essa aversão tem relação com reminiscências de um pensamento medieval que não admitia como razoável que uma alusão à cor de brasa do pau-brasil fosse mais

“testemunha de vista” e que, na sua obra pretende dizer “a verdade de modo fácil e chão”. Porém, ainda se vêem no texto claras reminiscências do simbolismo medieval dentre as quais o mais pitoresco exemplo nota-se no capítulo dez da *“História da província de Santa Cruz”*, intitulado: *“Do monstro marinho que se matou na capitania de São Vicente no ano de 1564”*. Esse capítulo encontra-se repletos de alegorias – sobre as quais o escopo deste trabalho não permite aprofundamentos – que, de algum modo, se conectam a um plano transcendental e que, embora menos fantasiosas do que outras que circulavam na Europa sobre o mesmo episódio, ainda tem uma forte carga simbólica.

O fato é que esses observadores, os quais por estas terras andaram ao longo do século XVI, foram unânimes em perceber o índio como um ser desprovido de qualquer crença, de qualquer lei e, por consequência, de qualquer forma de governo – embora hoje saiba-se constituir essa interpretação um monumental equívoco – ela implicou sérios desdobramentos, sobretudo do ponto de vista jurídico.

Em uma terra onde faltava a fé, a lei e o rei, fazia-se imperativo, além de todo o trabalho de conversão dos gentios, transpor um aparato administrativo e legal que fosse capaz de inserir a província do Brasil dentro da burocracia lusitana, capaz,

apropriada que a alusão à Cruz. Ou, nas palavras do próprio autor: *“Porque na verdade mais é de estimar e melhor soar aos ouvidos da gente cristã o nome de um pau em que se obrou o mistério de nossa redenção que o de outro que não serva mais que para tingir panos ou coisas semelhantes”*. Outro importante nome da primeira historiografia brasileira, FREI VICENTE DO SALVADOR, que escreveu sua obra em 1627, partilha da mesma opinião: *“O dia em que o capitão-mor Pedro Álvares Cabral levantou a cruz, que no capítulo atrás dissemos, era 3 de maio, quando se celebra a invenção da Santa Cruz, em que Cristo Nosso Redentor morreu por nós, e por esta causa pôs nome à terra, que havia descoberta, de Santa Cruz, e por este nome foi conhecida muitos anos: porém como o demônio com o sinal da cruz perdeu todo o domínio, que tinha sobre os homens, receando perder também o muito que tinha nos desta terra, trabalhou que se esquecesse o primeiro nome, e lhe ficasse o de Brasil, por causa de um pau assim chamado, de cor abrasada e vermelha, com que tingem panos, que o daquele divino pau que deu tinta e virtude a todos os sacramentos da igreja, e sobre que ela foi edificada, e ficou tão firme e bem fundada, como sabemos, e porventura por isto ainda que ao nome de Brasil juntaram o de estado, e lhe chamaram estado do Brasil, ficou ele tão pouco estável, que com não haver hoje 100 anos, quando isto escrevo, que se começou a povoar, já se hão despovoados alguns lugares, e sendo a terra tão grande, e fértil, como adiante veremos, nem por isso vai em aumento, antes em diminuição”*.

assim, de garantir a administração da lei dos homens, da lei da Igreja e que, ademais, pudesse cuidar da cura das almas. A transposição desse sistema é o que se verá no próximo capítulo.

8. A transposição do aparato jurídico-administrativo lusitano para a Colônia.

8.1. Breve descrição da estrutura judiciária de Portugal nos séculos XVI e XVII

Uma característica marcante da sociedade ibérica – tanto portuguesa, quanto espanhola – no período que ora se estuda é a fixação da lei e sua aplicação. Talvez em decorrência da situação peculiar a esses países, posto que eram Proto Estados centralizadores em um continente marcado ainda pela tendência à regionalização do poder, derivada de sua precoce unificação – ocorrida no século XIII no caso português – fez-se necessária a criação de um aparato legal forte capaz de fazer frente às forças centrífugas que ameaçavam o poder real.

A esse respeito STUART B SCHWARTZ escreveu que:

Os portugueses e espanhóis dos séculos XVI e XVII achavam que a aplicação da lei e o honesto desempenho dos deveres públicos garantiriam o bem-estar e o progresso do reino, no sentido contrário, a adulteração da justiça por funcionários gananciosos ou por grupos e indivíduos fortes provocava a ruína e o castigo divino. (Schwartz 2011, 27)

Essa percepção acerca da lei e da Justiça trouxe uma série de consequências importantíssimas para Portugal, das quais as principais, quiçá, sejam a criação de uma complexa, pujante e intrincada burocracia judiciária e, conseqüentemente, em razão da necessidade de se preencherem os mais variados cargos dessa hipertrofiada máquina judiciária, a emergência como casta social dos letrados, bacharéis formados sobretudo em Direito que, gradualmente, acabaram

por ascender às mais altas posições na estrutura da monarquia portuguesa, nobilitando-se e, eventualmente, rivalizando com a fidalguia tradicional¹⁸.

No campo da análise documental, um fato que merece atenção é a preocupação dos legisladores portugueses do século XVI e XVII em descrever de modo extremamente detalhado o funcionamento da Justiça. A esse respeito, é curioso notar, por exemplo, que as Ordenações Manuelinas, vigentes entre 1514 e 1603, dedicam inteiramente a essa matéria os setenta e oito artigos de seu Livro I e, posteriormente, as ordenações Filipinas, vigentes a partir de 1603¹⁹, seguem o mesmo exemplo, dedicando os noventa e nove artigos de seu Livro I também à descrição detalhada do sistema judiciário.

Fugiria ao escopo deste trabalho dissecar todas as minúcias da administração judiciária que existiu durante o período que nestas páginas se pretende analisar. É, contudo, proveitoso delineá-lo em seus contornos mais gerais de modo a viabilizar conclusões a respeito do imaginário jurídico lusitano e de seus reflexos no ultramar. Descrever-se-ão, portanto, as principais entidades judiciárias dessa época, a hierarquia existente entre elas e, em linhas gerais, as funções de seus mais importantes operadores, baseando-nos nas observações do professor STUART B. SCHWARTZ. Assim sendo, na base do judiciário português, havia o Conselho, entidade municipal encarregada da maior parte da administração da Justiça. Os funcionários desses Conselhos eram inúmeros, variando entre meirinhos, alcaides, almotaceis e, no topo deles, os Juízes. Em um primeiro

¹⁸ Para maior aprofundamento, vide: Schwartz, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**. Translated by Berilo Vargas. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2011.

¹⁹ Note-se que as ordenações Filipinas vigeram no Brasil, ainda que não em sua integralidade, até o ano de 1916, quando se buscou codificar a esparsa e arcaica legislação cível vigente. A esse respeito, Clóvis Beviláqua escreve, em 1916: “e durante êsses estreados noventa e quatro anos depois de nossa independência política permanecemos sob o domínio das Ordenações do Reino, já revogadas no país de sua origem (...)” (Beviláqua 1953)

momento, havia apenas os Juízes Ordinários²⁰, cidadãos, não necessariamente especialistas em Direito, que desejassem servir à sua comunidade por um período de um ano, zelando pela administração da lei e da ordem em sua comunidade. Cada Conselho contava com dois magistrados dessa estirpe.

Ainda, no âmbito da primeira instância, a partir de 1352, como expressão da política centralizadora portuguesa²¹, cria-se o cargo de Juiz de Fora²². Tratava-se, simplesmente, de um magistrado, nomeado pelo Rei, vindo de fora do município, no qual exerceria sua jurisdição, dotado de competência para julgar as causas cíveis e criminais, excetuando-se aquelas de prerrogativa do Rei.

Um degrau acima na estrutura burocrática lusitana encontravam-se as Comarcas ou Correições, distribuídas de modo mais esparso, por diferentes regiões, e integradas por um magistrado superior que gozava do título de corregedor²³. Ao corregedor cabiam funções de natureza basicamente investigatória e apelatória, além dos encargos relativos à supervisão de certas obras públicas, fiscalização de eleições municipais, aplicação das Ordenações e a salvaguarda das prerrogativas reais, entre outras²⁴.

²⁰ O detalhamento de seu ofício e atribuições podem ser encontrados no Livro I, título 44 das Ordenações Manuelinas: “Dos Juízes ordinários e do que a seus Ofícios Pertence”.

²¹ A criação do cargo de Juiz de Fora foi uma resposta às dificuldades que se impunham aos Juízes Ordinários, também conhecidos como Juízes da Terra, para o exercício de suas funções jurisdicionais, uma vez que um Juiz vindo de alhures é bem menos imunes às pressões e ameaças impostas ao magistrado pelos fidalgos e outros poderosos locais.

²² Menção expressa e esses magistrados, assim como aos Juízes ordinários e a suas funções, se faz no Livro I, título 65 das Ordenações Filipinas: “*Dos Juizes ordinarios e de fora*”

²³ Sua existência e atribuições também se preveem em lei. Nas Ordenações Manuelinas, estão no Livro I, título 39: “*Dos Corregedores das Comarcas, e do que a seu Officio pertence*” e, nas Ordenações Filipinas, no Livro I, título 58: “*Dos Corregedores das Comarcas*”

²⁴ É importante mencionar, nas palavras do professor SCHWARTZ, sobre a natureza centralizadora dessa estrutura que: “*A presença do juiz de fora e do corregedor nas cidades e aldeias de Portugal refletia uma tentativa da monarquia de limitar o controle de elementos locais de poder. Um observador contemporâneo de Portugal comentou que também era obrigação do corregedor “apaziguar facções e discórdias e restringir a influência da província”. Tanto o corregedor como o juiz de fora eram pilares do governo real em nível local*”. (Schwartz 2011)

Havia, ainda, no nível municipal, o Juiz de Órfãos²⁵, com jurisdição em primeira instância, além do Provedor, dotado de jurisdição em segunda instância, cujas competências congregavam matérias relativas aos órfãos, temas sucessórios e, em certa medida questões tributárias.

É preponderante que se diga, como observou o Professor SCHWARTZ, que:

Havia muitas exceções ao padrão geral esboçado acima. A maioria delas tinha sua origem em concessões e privilégios medievais, feitos por monarcas portugueses a grupos, instituições e indivíduos. As áreas pertencentes às ordens militares-religiosas de Cristo, Avis e Santiago não estavam submetidas ao sistema regular de administração, e nelas a lei era aplicada por um ouvidor, e não por um corregedor. Os poderes de um ouvidor equivaliam, mais ou menos, aos dos magistrados superiores da Coroa, mas ele era indicado pela ordem militar, e não pela Coroa. A Universidade de Coimbra também desfrutava de posição distinta, uma vez que nela a justiça era administrada por um conservador da justiça, que tinha, sobre professores e estudantes, dentro e fora do campus, a mesma jurisdição que o corregedor normalmente exercia numa Comarca. O arcebispo de Braga — primaz das Espanhas — exercia controle temporal, além de eclesiástico, sobre grande território. Além disso, terras pertencentes a certos magnatas, como o prior do Crato, o duque de Bragança, o duque de Aveiro e o marquês de Vila Real, estavam isentas das visitas dos corregedores e eram sujeitas apenas a limitado controle real em questões relativas à administração da justiça.. (Schwartz 2011, 30).

Acima da estrutura já descrita, há uma série de tribunais superiores, quais sejam:²⁶ a Casa de Suplicação e, acima de todos, o Desembargo do Paço, órgão supremo do sistema judiciário Português nos séculos XVI e XVII. À Casa de Suplicação, atuando como Tribunal de Apelação, cabia, para além das competências em determinados casos envolvendo matéria cível e criminal, também julgar recursos de decisões oriundas das Colônias. Julgava, ainda, os processos oriundos dos cortesãos e da casas reais. Era composta por magistrados em dois níveis hierárquicos: os primeiros, menos graduados, eram chamados de

²⁵ Também amparados por lei positiva nas Ordenações Manuelinas, Livro I, título 67: “*Do Juiz dos orfãos, e cousas que a seu Officio pertencem*”. Nas Ordenações Filipinas, Livro I, título 88 “*Dos Juizes dos Orfãos*”

²⁶ Havia também a Casa do Cível, que não será abordada nestas páginas, dada sua importância secundária ao escopo do presente trabalho.

Desembargadores Extravagantes e os segundos, mais experientes, denominados Desembargadores de Agravo.

Como órgão superior em relação à Casa de Suplicação, no ápice, portanto, da hierarquia judiciária portuguesa, situava-se o Desembargo do Paço²⁷, cujas funções não eram, propriamente, as de um tribunal, posto que poderia atuar como órgão julgador em determinados casos, quando se houvessem esgotado os recursos a outros órgãos jurisdicionais. Suas atribuições, portanto, tinham um caráter mais consultivo, cabendo a seus desembargadores aconselhar o Rei em assuntos relativos à Justiça à administração judiciária.

Há que se destacar, com especial atenção, a existência de jurisdições paralelas. Nesse sentido, sabe-se que as ordens militares possuíam tribunais próprios e seus integrantes gozavam de imunidade com relação à jurisdição comum. Ainda, sabe-se que um corpo de funcionários religiosos aplicava a lei canônica em tribunais próprios.

Desse modo, à luz do tratamento conferido aos militares, os membros de ordens religiosas deveriam ser julgados por seus tribunais com jurisdição especializada²⁸. Nessa estrutura eclesiástica, o Tribunal do Santo Ofício é de especial interesse, uma vez que, além de manter sua própria estrutura judiciária, a ele competia julgar clérigos e leigos em questões relativas a heresias, desvios sexuais e moralidade de uma forma geral.

²⁷ As disposições referentes ao Desembargo do Paço situam-se, nas Ordenações Manuelinas no Livro I, título.3: “*Dos Desembargadores do Paaço*” e, nas ordenações Filipinas, Também no Livro I Título. 3: “*Dos Desembargadores do Paço*”

²⁸ É de se notar que, já nas Ordenações Manuelinas (Livro II, Título1) e depois também nas Ordenações Filipinas (Livro II, Título1), previam-se casos, sobretudo de natureza patrimonial, em que os membros de ordens religiosas deveriam ser submetidos à Jurisdição Comum. (Vide Anexo II)

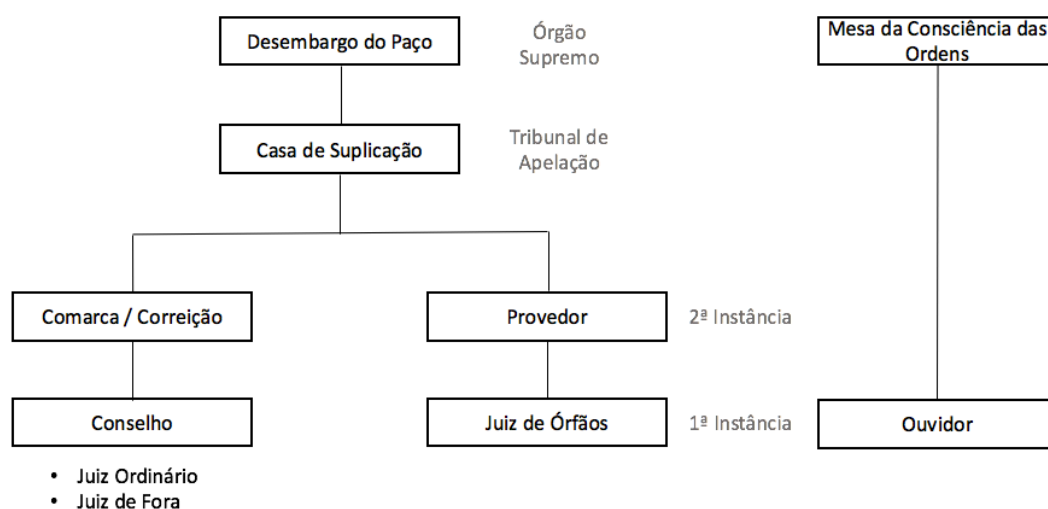
Essa jurisdição específica, das ordens militares ou da igreja, não obedecia à mesma hierarquia observada na Justiça comum. As causas, em primeira instância que, por exemplo, envolvessem Cavaleiros de Ordens Militares, tinham o seu julgamento sob a competência de Ouvidores²⁹, e não de Juízes Ordinários ou Juízes de Fora. Seguindo essa mesma lógica, a apelação com relação a essas causas de jurisdição especial cabiam a um outro órgão, análogo ao Desembargo do Paço, conhecido como Mesa da Consciência das Ordens cuja atribuição precípua era a resolução de problemas Morais.

Essa atribuição para solucionar questões de natureza moral, como se verá em tópico específico, foi determinante na formação do imaginário jurídico luso-brasileiro. A respeito desse órgão, conforme escreveu o Professor SCHWARTZ:

Como o Desembargo do Paço, a Mesa da Consciência também exercia certas funções judiciais. Membros das ordens militares eram isentos da jurisdição civil e tinham direito de ser julgados por um juiz especial que sempre pertencia a uma das ordens. Esse juiz dos cavaleiros tomava conhecimento de todos os casos que envolvessem cavaleiros das ordens militares, e de suas decisões só cabiam recursos à Mesa da Consciência. Da mesma forma, das decisões do conservador da Universidade de Coimbra só cabia recurso à Mesa. Mais importante, porém, era que a Mesa da Consciência debatia e resolvia os problemas morais do domínio português no Brasil: a posição e a natureza dos índios, a legalidade e a moralidade do comércio de escravos africanos e indígenas e o problema da “guerra justa”. Essas questões morais e sua solução exerceram considerável influência na formação da sociedade e da mentalidade do Brasil colonial. (Schwartz 2011)

Para melhor compreender o funcionamento desse complexo sistema jurisdicional, propõe-se a seguinte representação gráfica:

²⁹ É interessante notar que, no Brasil, ainda nos dias que correm, os Militares são julgados, com relação a determinadas questões, por tribunais pertencentes a uma Justiça especializada. E, uma coincidência pitoresca é que os juízes militares de primeira instância chamam-se auditores.



8.2 Inserção do Brasil no sistema judiciário português

No complexo universo do sistema judiciário de Portugal foi que o Brasil se viu inserir no início do século XVI. É assim que, passados aproximadamente trinta anos do descobrimento da nova Província, motivados por razões políticas, econômicas e também religiosas, começaram os esforços para colonizá-la. A esse respeito, muito interesse desperta no observador do século XXI o fato de a primeira escolha portuguesa para a colonização do Brasil ter-se amparado em um sistema de forte influência medieval: o das Capitanias Hereditárias.

É verdadeiro, como muito bem observado por historiadores de calibre de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA e CAIO PRADO JÚNIOR³⁰, que as Capitanias Hereditárias não se fizeram à imagem e semelhança dos antigos feudos existentes em Portugal e em outras partes da Europa, afinal aos Capitães, ao menos em tese, não assistia a mesma autonomia plena de criação legislativa³¹; esperava-se que o capitão donatário aplicasse a lei à semelhança do que se fazia em Portugal.

No entanto, o fato é que os capitães donatários, a despeito das restrições estabelecidas pelo Rei em suas Cartas Forais, tinham uma autonomia bastante

³⁰ O autor, de modo geral, sustenta que Portugal transferiu para o Brasil seu sistema jurídico sem criar um algo novo, mas reconhece, em caráter de exceção, a originalidade das donatárias. (Júnior, 2011, 320)

³¹ Interessante notar que na Carta Foral pela qual se doa a Capitania de Pernambuco a Duarte Coelho há inúmeras restrições quanto a questões mercantis, tributárias e, mesmo, de natureza moral como a vedação à distribuição de Sesmarias a não cristãos.

significativa, sobretudo em questões relativas à administração da Justiça. A esse respeito, o professor SCHWARTZ escreveu que:

A Carta de doação dava ao proprietário ampla jurisdição Civil e Criminal, a ser exercida por pessoas que ele nomeasse: um magistrado superior (ouvidor) e outros funcionários da Justiça: escrivães, tabeliães e meirinhos. Um segundo ouvidor poderia ser nomeado quando o crescimento da população justificasse. Ao magistrado superior cabia julgar casas em primeira instância, oriundos de um raio de dez léguas de sua moradia, e todos os recursos dos juízes inferiores. O donatário e o ouvidor tinham jurisdição em casos cíveis que não ultrapassem 100 mil reis, sem recurso, e em casos criminais que envolvessem a pena de morte. (Schwartz 2011, 43)

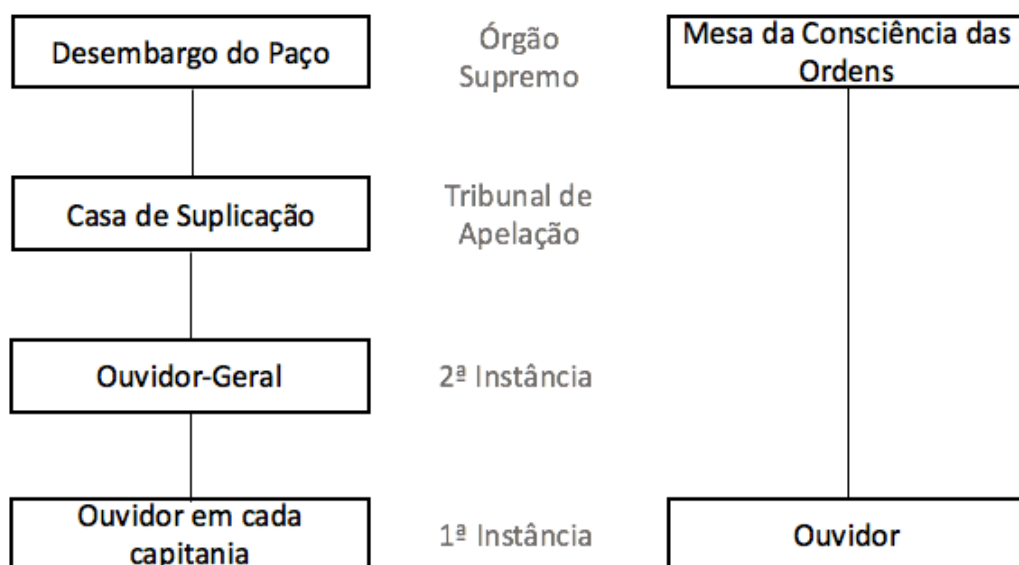
Ademais, a essa autonomia de administração judiciária da qual gozavam os Capitães, somava-se uma isenção judiciária³², não podendo estes serem alvo da investigação dos corregedores. Além disso, aos capitães assistia a isenção da revista real e da visita do ouvidor geral. (Schwartz 2011)

Essa política de concentrar poder nas mãos do capitão donatário, no entanto, acaba por contradizer os esforços, em Portugal, de utilizar o aparato judiciário como força centralizadora e, de fato, os rumos não tardaram a serem corrigidos. No ano de 1548, optou-se por criar, na província do Brasil, um governo centralizado, com um aparato de administração judiciária que se inserisse de modo mais claro a estrutura judiciária portuguesa, a ela subordinando-se.

Assim, instaurou-se no Brasil um sistema que, em sua primeira concepção, trazia em seu ápice administrativo o Governador Geral e que, por sua vez, contava com uma estrutura judiciária análoga à da Metrópole, composta pelos Ouvidores situados em cada uma das Capitânicas e pelo seu superior hierárquico, o Ouvidor Geral. Acima deles, havia somente a Casa de Suplicação e, quando cabível,

³² O Professor Schwartz muito acertadamente observa que os privilégios judiciais conferidos aos Capitães Donatários, em muitos aspectos se assemelhavam aos privilégios medievais concedidos ao Duque de Avieiro e ao Prior de Crato.

o Desembargo do Paço³³. Evidentemente, esse novo sistema não excluía do Brasil a jurisdição específica da Mesa da Consciência das Ordens³⁴, para apreciar os casos de sua competência. Graficamente, poder-se-ia representar o judiciário Brasileiro, por volta do ano de 1580, da seguinte forma:



O Governo geral, portanto, alinhava-se, de modo mais coerente, com a política centrípeta dos Reis portugueses do século XVI. Contudo, seria equivocado imaginar que sua implementação ocorreu sem percalços e, ilusório conceber que a instalação do apartado centralizado de administração da Justiça fez-se livre de entraves. Na verdade, a colisão de jurisdições era já uma realidade consolidada em

³³ Mais tarde, no ano de 1609, passa a existir o Tribunal Superior do Brasil, no entanto, fazer menção mais detalhada à estrutura e ao funcionamento dessa corte escaparia ao Escopo do presente Trabalho,

³⁴ Sobre a atuação deste órgão jurisdicional vale destacar que: “era a Mesa da Consciência que debatia e resolvia problemas morais, do domínio português no Brasil: “a posição e a natureza dos índios, a legalidade e a moralidade do comércio de escravos africanos e indígenas e o problema da guerra justa. Essas questões morais e sua solução exerceram considerável influência na Sociedade e na Mentalidade do Brasil colonial”. (Schwartz, 2011, 34)

Portugal que, em decorrência das características intrínsecas à organização política, social e cultural da Colônia, somente se intensificou no ultramar.

8.3. Dificuldades para a implementação de uma jurisdição centralizada

Uma das questões mais sensíveis que envolveram o estabelecimento do Governo Geral no Brasil foi o desrespeito ao até então vigente Direito de isenção das visitas do poder real. Nas Cartas Forais, que foram outorgadas aos donatários das mais diversas capitanias, assegurava-se essa prerrogativa que, assemelhava-se àquelas conferidas aos grandes senhores no medievo lusitano. Contudo, em 1549, o então Ouvidor-Geral, Pero Borges, passou a visitar as diversas capitanias buscando criar as condições para a atuação do Governo Geral na administração da Justiça.

Buscava-se, com isso, adequar a estrutura já presente na Colônia aos novos interesses reais. É preciso dizer, no entanto, que, mesmo sob o amparo de determinação expressa do Rei, a atuação do primeiro governador geral e, sobretudo, do primeiro ouvidor, que nestas terras serviram, acabou por inexoravelmente colidir com a dinâmica que aqui se observava³⁵. A esse respeito, escreve FREI VICENTE DO SALVADOR:

Para o que mandou fazer uma grande armada, provida de todo o necessário para a empresa, e por capitão-mor Tomé de Souza, do seu conselho, com título de governador de todo o estado do Brasil, dando-lhe grande alçada de poderes, e regimento, em que quebrou os que tinha concedido a todos os outros capitães proprietários, por no cível e crime lhes ter dado demasiada alçada, como vimos no capítulo Segundo do livro segundo; mandando que no crime nenhuma tenham, sem que dêem apelação para o ouvidor-geral deste estado, e no cível 20 mil-réis somente; e que o dito ouvidor-geral possa entrar por suas terras por correção, e ouvir nelas de auções novas e velhas, o que não faziam dantes, e para isto lhe deu por ajudadores o doutor Pero Borges, corregedor que fora de Elvas, para servir de ouvidor-geral; Antônio Cardoso de Barros para provedor-mor da Fazenda, e Diogo Moniz Barreto para alcaide-mor da cidade que edificasse; com os quais, e com alguns

³⁵ É curioso notar que, no ano de 1614 se passa-se a proibir o governador geral de visitar as capitanias (vide Carta Régia reproduzida na Figura 3). Tal proibição, como se depreende a partir da leitura do texto de FREI VICENTE DO SALVADOR, muito provavelmente se relaciona com a pressão que exerciam os franceses sobre o território da província e a consequente necessidade de se defender Salvador.

criados del-rei, que vinham providos em outros cargos, e seis padres da companhia para doutrinar, e converter o gentio, e outros sacerdotes, e seculares, partiu de Lisboa a 2 de fevereiro de 1549, trazendo mais alguns homens casados, e mil de peleja, em que entravam quatrocentos degradados. (Salvador 1627)

O que não representa dúvida nenhuma é que a tarefa confiada ao primeiro governador geral e a seus subordinados era hercúlea. Para que se pudesse inserir o Brasil na lógica administrativa da metrópole, fazia-se mister superar um obstáculo de proporções monumentais, qual seja a realidade das capitanias que se haviam adaptado ao modelo de estruturação fortemente autônomo, quase feudal, baseando suas relações e seu *modus vivendi*, sua percepção de mundo em uma lógica que não se compatibilizava facilmente com a estrutura pretensamente hierárquica hierárquica e centralizadora³⁶ da burocracia judicial portuguesa.

Estabeleceu-se na colônia, como consequência do sistema de Capitanias Hereditárias, e da amplidão dos poderes instituídos ao donatário, um sistema centrado no poder regional, no qual a administração se dava a partir da comutação de favores entre o titular da donataria e os demais que nela se estabeleciam. Sintoma desse estado de coisas é a hipertrofia do aparato administrativo das capitanias que, em que pese ser essa uma característica geral dos governos ibéricos (Schwartz 2011), fazia com que houvesse número muito maior de tabeliões, escrivães, juízes de órfãos dentre outros oficiais, do que aquele que seria adequado ao funcionamento da capitania. Esse é o testemunho expresso na Carta³⁷ que PERO BORGES, primeiro Ouvidor Geral que no Brasil serviu, enviou a D. João III, onde se lê:

³⁶ Vide, Caio Prado Júnior, Formação do Brasil Contemporâneo, pg. 318 e Sérgio Buarque de Holanda, Raízes do Brasil pg. 40.

³⁷ O inteiro teor da Carta está reproduzida em DIAS, Albinio de Sousa Cruz; MALHEIRO, Carlos. **História da Colonização Portuguesa no Brasil**. Vol. 3. 3 vols. Porto: Litografia Nacional, 1924, página 267-9.

Aqui por estas capitánias avia quatro homens e todos eram officiaes porque os capitães ffazião trinta tabelliães e trimta enqueredores e juiz dos orffãos e escrivão dos orffãos de maneira que nom ay homens pêra serem juizes ordinaries nem vereadores e nestes hofficios metião degradados por culpas de muita infâmia e desorelhados e ffazião outras cousas muito fora de voso serviço e de rezão. Eu não consento agora que nenhum degradado sirva nenhum officio e mando que nom aja juiz dos orffãos nem escrivães porque nenhúa destas capitánias nom passa de iij c vezinhos como diz a ordenação que ha de ser a villa em que ouver de aver juiz dos orffãos.

Ademais, é interessante observar que, embora abundassem os cargos distribuídos pelos donatários, não raras vezes os ocupantes desses cargos não possuíam as aptidões ou o treinamento necessário para exercê-los. Isso também se fez constar na Carta de PERO BORGES que observou, em interessante exemplo:

Estaa ay na dita capiinya dos Uheos hum capitão por Jorge de Figueiredo que tão bem serve de ouvidor a que chamão Francisco Romeiro que jaa aly esteve outra vez com ho mesmo careguo e foi preso no Limoeiro muitos dias por culpas que cometeo no mesmo officio, ho quail he bõ homem mas nom pêra ter mando de justiça porque he ignorante e muito pobre, o que muitas vezes ffaz fazer aos homens o que nam devem. Hee pêra cousas de gerra homem acordado e experimentado e de bõ conselho segundo me dizem. E porem achei lhe cousas mal feitas com algumas pesoas principaes da terra e nas cousas da justiça mal atentado e sendo jaa outra vez ouvidor como dise serve sem provisão de V. A. com outras cousas de que fuy emformado que são de mais

Essa estrutura mental impunha grandes dificuldades a implantação eficiente dos governos gerais, herdeira, de um lado, da mentalidade aventureira lusitana, cuja característica primordial é a: “ânsia de prosperidade sem custo, de títulos honoríficos, de posições e riquezas fáceis” (Holanda 2014); e de outro, o embate entre o centralismo que almejava a política portuguesa no período e o modo inicialmente regionalizado, descentralizado, tal qual se deu o primeiro esforço colonizador; assim, essa mentalidade parece ter-se arraigado profundamente no imaginário brasileiro fazendo-se sentir, de um modo ou de outro, em maior ou menor grau, perenemente na história do Brasil.

8.4. Jurisdição real e a jurisdição eclesiástica

A história medieval europeia é, também, a história da ascensão da cristandade. Dos tempos dos imperadores romanos Justiniano e, posteriormente, Teodósio, até a expansão marítima do século XVI, pioneiramente conduzida pelos povos ibéricos para colonizar o Oriente e o Novo Mundo, a Igreja católica converteu-se, gradualmente, em instituição poderosíssima e bem estruturada, tendo desempenhado papel preponderante na formação do imaginário de toda a civilização ocidental.

De fato, o pensamento medieval, como já se teve a oportunidade de dizer, é impregnado, nas suas mais diversas dimensões, de uma percepção de mundo forjada a partir da ótica cristã. Contudo, uma indagação quanto ao processo histórico que culminou nessa preeminência da Igreja, deverá buscar respostas na aliança forjada entre o Poder Secular, exercido pelos bispos da Igreja e o Poder Temporal, exercidos pelos monarcas. Ambos atuando em conjunto, de maneira consonante, para promover os desígnios de Deus na Terra.

Tal aliança, apesar de se esboçar ainda na antiguidade tardia³⁸, manifesta-se de modo pleno a partir da união selada entre o Papa Gregório e o imperador dos Francos, Carlos Magno, durante um importante, posto que breve, movimento que ficou conhecido como “renascimento carolíngio”. A esse respeito, o historiador JÉRÔME BASCHET observa que: “o momento Carolíngio repousa, assim, sobre uma aliança entre o Império e a Igreja, que assegura através de uma troca equilibrada de serviços e apoios o desenvolvimento de um e de outro” (Baschet

³⁸ No ano de 380, o Imperador Teodósio converte o cristianismo em religião oficial do Império Romano. Para maior aprofundamento vide édito de Tessalônica. Disponível em: https://la.wikisource.org/wiki/Codex_Theodosianus/Liber_XVI#I.2

2006, 72). Essa aliança, cujo principal efeito foi, quiçá “(...) a emergência do papado como verdadeiro poder” (2006, p. 72) permitiu que o Papa expandisse sua influência, de fato, a partes mais longínquas. Consubstanciou-se, portanto, a alegoria dos dois Gládios, o do Poder Secular e o do Poder Temporal, que deveriam atuar em harmonia e em conjunto. Tratava-se, assim, de uma ordem dual onde as duas esferas de poder - o poder régio e o poder eclesiástico - deveriam, necessariamente, coexistir. A esse respeito, a Professora MARIA FILOMENA DA COSTA COELHO observa que:

No plano da jurisdição, a dualidade tem sua primeira conformação teórica em s. Gregório Magno, na Idade Média (ARNALDI, 1994:20). Partindo de um pressuposto óbvio, ele chega à conclusão de que seria impossível pretender que a justiça dos homens coincidissem com a justiça de Deus. Aquela é fruto do pecado e, quando muito, conseguirá apenas controlar a violência entre os homens e reequilibrar as forças recorrendo a soluções imperfeitas. Somente Deus é verdade e perfeição. (Coelho 2009)

Completando com a observação de que, embora a justiça da Igreja não fosse perfeita como era a justiça divina, ainda assim, ela se situava em um plano superior à Justiça dos homens.

Como não poderia deixar de ser, em Portugal, a mesma lógica dual operava e, no século XVI, ela permanece forte. No entanto, a harmonia entre os poderes reais e eclesiásticos nem sempre era observada. Isso se dava, entre outras razões, pelo fato de que, sendo os homens seiscentistas em muitos aspectos herdeiros do imaginário medieval, não se concebia à época uma distinção clara entre o público e o privado. A esse respeito, CAIO PRADO JR. alerta-nos que o imaginário desta época não comportava:

uma diferenciação no indivíduo, de dois planos distintos, de origem diferente e regulados diversamente: o das relações externas e jurídicas, que cabem no direito, e o do seu foro íntimo – a crença religiosa com seu complexo de práticas e normas a que ela obriga: o código moral e sacramental, regulado pela religião (Júnior 2011)

Os assuntos de Estado eram também concernentes aos assuntos da fé, o que melhor se expõe nas palavras da professora MARIA FILOMENA COELHO:

A jurisdição é apenas um dos lugares onde se encontra a lei e o poder com o cotidiano. Se, no plano real, o temporal e o espiritual misturam-se diariamente, segundo as necessidades e as circunstâncias, precisamos pensar as fronteiras jurisdicionais dentro da mesma lógica. Então, ao falar de jurisdição, falamos de foro, tal como o entendeu Paolo Prodi, ou seja, como um lugar cujos limites estão em permanente movimento e que transcende a simples idéia do lugar físico do tribunal. Ao contrário da historiografia tradicional, ele mostra que as fronteiras entre o “foro secular” e o “foro eclesiástico” estão longe de serem imóveis. Seguindo a dinâmica das jurisdições medievais, essas fronteiras são balizadas por terminologias complexas e superpostas que só podem ser combinadas mediante maleabilidade. (Coelho 2009)

Assim, se, por um lado havia a manifesta preocupação da Igreja em curar almas³⁹ e combater heresias, havia, por outro, uma preocupação do Rei em garantir, por meio de sua burocracia judiciária⁴⁰, a salvaguarda de questões relativas à moralidade de seus súditos.

Certamente, essa preocupação que era, em Portugal, bastante intensa fez-se também premente no Brasil. Já foi mencionado que o próprio empreendimento marítimo lusitano foi impulsionado, significativamente, posto que não exclusivamente, na longa duração, por um elã expansionista associado, de modo estreito, ao movimento ampliação da cristandade, iniciado no medievo.

É nesse contexto, portanto, que se inserem os esforços portugueses para cristianizar suas possessões no ultramar. Assim sendo, nota-se que a expressão mais nítida dessa preocupação cristianizadora foi a atuação da Companhia de Jesus na conversão do gentio⁴¹, cujo caráter não foi propriamente jurídico. No entanto, não

³⁹ Vide Breve papal do quinquênio a favor dos ministros do Santo Ofício que têm benefícios de curar almas.

⁴⁰ Essa é, como assevera STURART B. SCHWARTZ, em termos gerais, a razão de ser da Mesa da Consciência das Ordens (Schwartz 2011).

⁴¹ São abundantes nos relatos iniciais sobre a colonização, menção sobre a importância da atuação dos padres da companhia. Gândavo, por exemplo, dedica a este propósito todo o capítulo 13 de sua

se pode deixar de reconhecer que o aparato judicial português também foi utilizado nessa empreitada evangelizadora.

Sob uma ótica jurídica, portanto, a necessidade de se expandir a cristandade, em especial no além-mar, traduz-se na atuação dos tribunais eclesiásticos e, em especial na atuação do Tribunal do Santo Ofício. Esse órgão jurisdicional é de particular importância por operar na fronteira entre os poderes régios e os poderes clericais. Era, sem dúvida alguma, um tribunal religioso e sua função precípua era manter os domínios da cristandade livres de heresias, mas sua jurisdição, ao contrário do que ocorria em outros tribunais eclesiásticos, não se restringia aos membros do clero; pelo contrário, o inquisidor deveria “perseguir qualquer leigo independentemente da condição”⁴², seja herege, suspeito ou simplesmente difamado⁴³ (Eymerich 1993).

É nesse sentido que o professor JOÃO BERNARDINO GONZAGA defende que a atuação do Santo Ofício seria uma representação clara da alegoria dos dois gládios, observando que:

Através da Inquisição, unem-se mais fortemente os dois poderes e reafirma-se a doutrina política baseada na ideia das duas espadas: a da Igreja e a do rei, delegadas ambas por Deus para o exercício da autoridade nas duas esferas, espiritual e temporal. Tanto na Justiça Comum como a canônica devem trabalhar conjugadamente, somando os esforços no sentido de manter a fé, a ordem e a moralidade pública. (Gonzaga, A Inquisição em Seu Mundo 1993)

No Brasil colonial, entretanto, assim como ocorria em Portugal, essa atuação harmônica que se vislumbra conceptualmente não era sempre observada. Tanto na metrópole, quanto no ultramar, a luta entre os gládios constituiu-se

“História à atuação dos jesuítas”, onde oferece testemunho de uma ação intensa dos padres da companhia, com alcance em todas as Capitanias.

⁴² É interessante notar, a esse respeito, que a Carta Foral dada aos Capitães Donatários, apesar de isentá-los da jurisdição real, não os concediam imunidade com relação a crimes de heresia, apostasia, dentre outros de competência do Santo Ofício.

⁴³ O excerto foi extraído de um texto originalmente escrito pelo religioso NICOLAU EYMERICH no ano de 1376 e ampliado pelo também religioso FRANCISCO DE LA PEÑA no ano de 1578, cuja tradução publicada em 1993 aqui se reproduz. Trata-se de um manual destinado a ser guia prático para auxiliar os inquisidores na prática de seus ofícios.

corriqueira realidade⁴⁴. Caso ilustrativo desses frequentes embates jurisdicionais pode-se observar, por exemplo em um Alvará Régio, no qual o Rei de Portugal pronuncia-se contrário ao direito do Juiz da Coroa e Fazenda, atuando em Salvador, de inventariar e confiscar bens de pessoas que haviam sido condenadas pelo Santo Ofício. O Juiz sustentara tal conduta amparado pelo regimento da Relação da Bahia, mas, ao fim, a posição do Rei, arbitrando esse conflito jurisdicional, foi a de reconhecer a exclusividade dos inquisidores para exercer jurisdição sobre esses bens, determinando que: “o dito juiz de minha Corôa e Fazenda não se entremetta neste caso, senão quanto os Inquisidores ou o Juíz do Fisco lh'o deprecarem ou requererem⁴⁵”.

Todavia, a despeito de quaisquer colisões jurisdicionais, a inquisição operou no Brasil assim como fez em Portugal⁴⁶. É sabido que a inquisição portuguesa, nos séculos XVI e XVII, voltava sua atenção, especialmente, aos cristãos-novos: judeus que, apesar de convertidos ao catolicismo, não haviam abdicado de sua fé originária⁴⁷. Esse foco foi mantido também em suas províncias ultramarinas, o que não significava, entretanto, que a Inquisição não se encarregasse de outros assuntos.

No entanto, mais do que entender os procedimentos específicos que norteavam a atuação do Santo Ofício, ou tentar esmiuçar os muitos conflitos jurisdicionais que se operaram no império português, interessa analisar os efeitos que essa aliança entre Poder Temporal e Poder Secular provocou na formação do imaginário brasileiro.

A esse respeito, talvez o fruto mais significativo que decorra dessa concepção dual da jurisdição seja a inevitável permeabilidade entre concepções

⁴⁴ Vide COELHO, Maria Filomena da Costa. **O fardo da cura d'almas. Tradição ibérica e sociedade corporativa**. ANPUH – XXV SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA. Fortaleza, 2009.

⁴⁵ Inteiro teor do docuemtno reproduzido no Anexo,II, figura 4.

⁴⁶ Embora de maneira menos estruturada, uma vez que houve um tribunal do Santo Ofício funcionando de modo permanente, como houve em Lisboa.

⁴⁷ Para maior aprofundamento vide: GONZAGA, João Bernardino. **A Inquisição em seu Mundo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

morais e jurídicas; em outras palavras, o imaginário medieval que, em sua primitividade⁴⁸ desconhecia distinção entre crime e pecado⁴⁹ pode ser visto, na longa duração, como um dos baluartes nascente imaginário brasileiro.

O Direito, nessa concepção, não é um instrumento mantenedor da ordem ou garantidor do exercício, pelos indivíduos, de sua liberdade como lhes aprouver, mas, por estar imbuído de forte elemento moral e volutivo passa a ser instrumento para amoldar a sociedade a uma série de valores considerados cogentes. Mais do que a construção de igrejas ou a conversão do gentio, essa associação entre a moral cristã e a lei foi o principal vetor da consolidação da cristandade no Brasil.

E é notório que os efeitos dessa transposição de valores morais, atrelados à lei, surtiu efeitos duradouros no imaginário pátrio. Até 2005, por exemplo, o Código Penal, em seu artigo 215, trazia a seguinte redação: “ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude” e, para citar um exemplo mais extremado, a própria Constituição Federal, a qual se fez promulgar sob a bênção de Deus. A própria noção de Justiça, sobretudo naquilo que se refere a assuntos de natureza criminal, assemelha-se mais à concepção medieval de almejar a redenção através da penitência do que da concepção aristotélica da justiça distributiva. Os colonizadores portugueses, portanto, não apenas transpuseram para o Brasil uma religião; transpuseram a cultura cristã que, mesmo tendo adquiridos matizes próprios nestas terras, acabou por exercer indiscutível influência no modo como se raciocina o Direito.

⁴⁸ É HUIZINGA que chama a atenção para o caráter primitivo das formas de pensar na Idade Média. Para maior aprofundamento vide, HUIZINGA, Johan. **O Outono na Idade Média**. São Paulo: Naify, 2013

⁴⁹ Essa observação é feita por FOUCAULT. Para maior aprofundamento, vide: FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. NAU: Rio de Janeiro, 2012

9. Conclusão

Ao finalizar o presente trabalho, deve-se refletir a respeito da utilidade e da importância da análise que ora se propõe. Estudar a história da formação do Direito no Brasil é, acima de tudo, um exercício de autoconhecimento, um ato de introspecção, que visa a buscar explicações e esclarecimentos acerca situações e de desafios que, no presente, impõem-se.

Partiu-se de uma abordagem que se afasta das concepções naturalísticas do Direito, optando-se por entendê-lo como um fenômeno cultural, historicamente constituído. Se lh'o analisou, numa perspectiva histórica, sob a luz da epistemologia da historiografia cultural, concebendo-o, portanto, como uma representação cultural, produto das maneiras de pensar daqueles que o criam, mas também fonte criadora de comportamentos.

Essa análise levou à conclusão de que o imaginário jurídico brasileiro é herdeiro da tradição cristã medieval que, na longa duração, fez-se sentir com plena força no início da história pátria e, ainda hoje, faz-se presente. A multiplicidade de jurisdições, a hipertrofia administrativa e a moralidade inerente ao pensar jurídico brasileiro, a percepção punitiva da justiça penal são, nesse sentido, algumas das heranças dessa medievalidade tropical que aqui se consubstanciou.

Fazer-se ciente desse processo é, pois, relevante, uma vez que muitas das mazelas que cercam o Direito no Brasil relacionam-se à uma percepção idealizada do fenômeno jurídico. No Direito, como em outros domínios da vida pública brasileira, busca-se sempre importar as soluções de problemas que, muitas vezes, são peculiares à realidade brasileira, consequência do processo histórico que aqui se operou e peculiares ao imaginário de nosso povo.

Assim sendo, este trabalho almaja ser apenas um convite ao pensamento crítico a respeito do processo em que se constitui o imaginário jurídico brasileiro e à reflexões sobre o caráter cultural do Direito, de modo a evitar idealizações sobre o fenômeno jurídico, de desnudar a sua pretensa pureza e, quiçá, permitir o fomento a uma autoconsciência nacional que, um dia, levará à criação de um Direito talhado para a realidade Brasileira de dentro para fora.

10. Referências

- BASCHET, Jérôme. **A Civilização Feudal do ano mil à colonização da América**. São Paulo: Editora Globo, 2006.
- BLOCH, Marc. **Apologia da História ou o Ofício do Historiador**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BRAUDEL, Fernand. **La historia y las ciencias sociales**. Madrid: Alianza Editorial, 1970.
- CAMINHA, Pero Vaz de. "**Carta a Sua Alteza Real o Rei de Portugal**." Carta de Pero Vaz de Caminha. Biblioteca Nacional, 1500.
- COELHO, Maria Filomena da Costa. **O fardo da cura d'almas. Tradição ibérica e sociedade corporativa**. ANPUH – XXV SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA. Fortaleza, 2009.
- EYMERICH, Nicolau. **Directorum Inquisitorum, Manual do Inquisidores**. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1993.
- DIAS, Albinio de Sousa Cruz; MALHEIRO, Carlos. **História da Colonização Portuguesa no Brasil**. Vol. 3. 3 vols. Porto: Litografia Nacional, 1924.
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14 ed. São Paulo: EDUSP, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2012.
- GÂNDAMO, Pero de Magalhães de. **Historia da província de Santa Cruz a que vulgarmente chamamos Brasil. A primeira História do Brasil**. Tradução de Sheila Moura Hue e Ronaldo Menegaz. 1576.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Grego e Historiografia Jurídica**. Vol. 1. 1 vols. Curitiba, Paraná: Juruá, 2008.
- GONZAGA, João Bernardino. **A Inquisição em seu Mundo**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GRUZINSKI, Serge. **A Águia e o Dragão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- HUIZINGA, Johan. **O Outono na Idade Média**. São Paulo: Naify, 2013.
- HOBBSBORN, Erik. **A Era das Revoluções**.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- MACEDO, José Rivair. **A Idade Média Portuguesa e o Brasil: reminiscências, transformações, ressignificações**. Porto Alegre: Vidrágua, 2011.

NOZOE, Nelson. **Sesmarias e Aposseamento de Terras no Brasil Colônia**. Revista EconomiA, set/dez 2006.

MAXIMILIANO, Calos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PASAVENTO, Sandra Jathay. **História e História Cultural**. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.

PORTUGAL, Reino de. **Ordenações Filipinas**. Lisboa: Reino de Portugal, 1603-1830.

SALVADOR, Frei Vicente do. **História do Brasil**. Bahia, 1627.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2011.

TOURNON, Charles-Thomas Maillard de. **[Ofício ao arcebispo de Goa, Andreas Candela, lembrando da posição do papa Gregório XV que favoreceu o funcionamento das missões para expandir a doutrina católica, além da penetração dos membros da Companhia de Jesus no território chinês]**. Macau [China]: [s.n.], 23/06/1704. 4 f. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/objdigital2/acervo_digital/div_manuscritos/mss1352117/mss1352117_210.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

PORTUGAL, reino de. **Carta Régia que proíbe os Governadores Gerias de Visitarem as Capitanias sem Autorização Expressa**. Disponível em: http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=95&id_obra=63&pagina=287#. Acesso em: 16 set. 2016.

PORTUGAL, reino de. **Alvará que ordena que o Juiz da Coroa do Brasil não se entremeta nos sequestro dos Réus do santo Ofício**. Disponível em: http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/ampliar.php?imagem=imagens_livros/07_andrade_silva/1603_1612/312.jpg. Acesso em : 16 set.2016

PORTUGAL, reino de. **Carta Régia que proíbe os Governadores Gerias de Visitarem as Capitanias sem Autorização Expressa**. Disponível em: http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=95&id_obra=63&pagina=287#. Acesso em: 16 set.2016

Anexos Fac-símile de documentação⁵⁰.

Anexo I- Ordenações:

Em que casos os Creliguos e Religiosos ham de responder perante as Justiças Seculares.

OS ARCEBISPOS, BISPOS, ABADES, Priores, e Creliguos, e outras pessoas religiosas que em Nossos Reynos nom tem superior ordinario, em qualquer feito ciuel que pertença a bens patrimoniaes que elles aiam, ou deuaam auer, ou elles tenham, e outrem lhos quizer demandar, ou por diuidas que elles deuaam por razam de suas pessoas e bens patrimoniaes, que per algũa guisa tenham e lhes pertençam, que nom sejam das Igrejas, nem pertençam a ellas, e bem assi por razam de algũas malfetorias, se as no Reyno fezerem, podem seer citados perante quaelquer Justiças, e Juizes Leiguos, onde forem moradores, ou perante o Corregedor da Nossa Corte, ou os Sobrejuizes, como se sempre vsou; porque sem razam seria nom auer no Reyno quem delles fezesse justiça e derecho, e por taes feitos os hirem demandar a Roma.

Figura 1: Título das Ordenações Manuelinas que dispõe sobre casos em que clérigos podem ser julgados pela justiça comum⁵¹

⁵⁰ Apenas parte da documentação está aqui reproduzida.

⁵¹ Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l2p1.htm>. Acesso em: 16. Set. 2016.

SEGUNDO LIVRO

DAS ORDENAÇÕES

TITULO I.

Em que casos os Clerigos e Religiosos não de responder perante as Justiças seculares (1).

Os Arcebispos, Bispos, Abbades, Priores, Clerigos, e outras pessoas Religiosas, que em nossos Reinos não tem Superior ordinario (2), em qualquer feito civil (3), que

(1) Vide Carta d'El-Rey ao Regedor Manoel de Vasconcellos de 20 de Junho de 1612, recomendoando a stricta observancia desta Ordenação, e Pegas no respectivo Com. t. 3 de pag. 14 e 6.

Neste Commentario Pegas discute a questão se o privilegio, como elle chama o direito dos Clerigos e Religiosos, de serem julgados no Foro Ecclesiastico, he de Direito divino ou humano. Pronunciando-se com muitos resguardos n. 11 e 14 pela segunda parte, sustenta, que essa isenção do Foro Secular pode-se perder pelo longo desuso, e com este fundamento justifica esta Ordenação, sobre tudo havendo tacito consenso tanto de Clerigos como de Leigos ou Seculares.

He curiosa a forma porque Pegas expõe a questão, e por isso aqui a reproduzimos:

« Nam si hoc exemptio à jure divino descendit ut testatur quumplures Patres et Romani Pontifices, à quibus non est tutum discedere, non est locus consuetudini, nec ulla dispensationi; si vero descendit à jure humano non video rationem congruentem et necessariam, quare in totum deleri, et abrogari consuetudine, vel dispositione Pontificia non possit. »

D mais adiante n. 14:

« At facile defendi poterit si tamen consuetudinem opinioem, nempe Clericos esse exemptos jure humano, non divino. Unde potest, consuetudinem legitimam prescriptam, hanc immunitatem abrogari, limitari, ac restringi, maxime si inducatur tacito consensus tam Clericorum, quam laicorum, et praesertim Regia lege lata, ut hic, et ab omnibus Beneficiis admittis, ut probant illa verba posita ad finem tit. iii — como sempre se usou. »

Os casos em que os mesmos Clerigos e Religiosos podem responder no Foro secular o mesmo Pegas aponta nas suas *Resoluciones Forenses* cap. 11 n. 130 e seguintes, e Cabedo 3 p. arestos 74 e 88.

(2) Superior Ordinario. Segundo Pegas no respectivo Com. n. 32 entende-se o Arcebispo, e o Bispo e quaisquer outros que tenham jurisdicção Episcopal, e não os isentos immediatamente sujeitos ao Summo Pontifice, á quem se concede Juizes Delegados e Conservadores, em que tem cabimento a presente Ordenação, como se vê da carta d'El-Rey já citada de 20 de Junho de 1612.

No n. 33 do seu Com. Pegas tambem comprehende os Religiosos, Mestres de Ordens Militares, Governadores do Priorado do Crato, e Juizes dos Tribunaes, Governadores dos Bispados, Bispos Titulares, e até Nuncios.

Esta doutrina he sustentada por Barbosa—*Remissiones*, excluindo dessa jurisdicção o Legado à lettere, por isso que sua jurisdicção he ordinaria extraordinario modo. Pegas no respectivo Com. n. 15, invocando o testemunho de Pereira de Castro dec. n. 118, accompanha Barbosa, não mostrando muita segurança nessa opinião, não obstante os casos que aponta.

Vide Pereira de Castro—*de Mens Regis* p. 2 cap. 24, e Portugal—*de Donacionibus* t. 1 cap. 34.

(3) Daqui se vê que no Grima subsistia jurisdicção Ecclesiastica. Pegas Com. n. 21.

pertença a bens patrimoniaes, que elles hajam, ou devam haver, ou elles tenham, e outrem lhos quizer demandar, ou por dividas, que elles devam por razão de suas pessoas e bens patrimoniaes, que per alguma maneira tenham e lhes pertençam, que não são das Igrejas, nem pertençam a ellas (1): E bem assi por razão de alguns danificamentos (2), se os no Reino fizerem, podem ser citados perante quaesquer Justiças e Juizes leigos, onde forem moradores, ou perante os Corregedores da nossa Corte, ou o Juiz das auções novas. Porque sem razão seria, não haver no Reino quem delles fizesse justiça e direito, e por taes feitos os irem demandar a Roma.

E isto foi assi entre os Reis nossos antecessores e os Prelados e Cleresia destes Reinos concordado (3), e feitas determinações

(1) Se os bens pertencem ás Igrejas subsistia o privilegio *Excommunicationis*, como chamavão os Juristas do Direito Romano. Pegas Com. respectivo n. 22, e nas *Resoluciones Forenses* cap. 11 n. 164.

(2) *Danificamentos*. A Ord. Manuelina usa da expressão—*Malfuorias*.

(3) Pereira de Castro na sua obra de *Mens Regis* diz o seguinte acerca das *Concordatas* ou *Concordatas* á que se refere o texto:

« Esta Ordenação colhe-se de muitas *Concordatas* antigas, e independente de Concordia em um capitulo de Cortes de El-Rei D. Affonso V. Está posto na margem —*Concordatum id libro Regiminis*, aonde se tratava desta materia.

« Este livro do Regimento não anhel na Torre do Tombo.

« Porém na mesma conformidade procedem as *Concordatas* do art. 3 das quarenta da primeira *Concordata* de El-Rey D. Diniz.

« E posto que ali se trata de *Breves* para citarem os Bispos, entende-se nas materias Ecclesiasticas, por que El-Rey queria conhecer em todas, por elles não terem Superior.

« E assim procede o art. 35 da mesma *Concordata*, e he o art. 48 da segunda de El-Rey D. João I, e do art. 80 no fim, aonde claramente diz que conhece das causas do Arcebispo, por não ter Superior no Reino, por ser assim praticado: e o inseriu a *Concordata* de D. Sancho II, art. 3. »

Vide estas *Concordatas* na nossa obra do *Direito Civil Ecclesiastico Brasileiro* t. 1 pag. 3, 22, 88, 48, 53, 148, e 172.

Estas *Concordatas* á que se refere a presente Ordenação, e acima ficão apontadas, não foram approvadas pela Santa Sé, e não poucas são as apocryphas, e adrede preparadas no interesse da Realza, como largamente demonstramos na mesma obra supra citada, no cap. 9 da Introducção CCIX e seguintes.

Além de que o Breve do Papa Gregorio XIII de 25 de Abril de 1574, que se pode ler na referida obra t. 1 pag. CCIX e 314, bem claro attesta que a Santa Sé não tinha conhecimento de taes *Concordatas*, de que sempre se previou a usura em Portugal, contra o Direito Canonico, e posteriormente contra o Concilio de Trento, como bem o declara Pegas no Com. á rubrica deste tit. n. 3, nas palavras: « Verum adhuc contra

Figura 2: Título das Ordenações Filipinas que dispõe sobre casos em que clérigos

podem ser julgados pela justiça comum⁵²

⁵² Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l2p415.htm>. Acesso em: 16. Set. 2016.

Anexo II - Legislação Extravagante:

Em Carta Regia de 19 de Março de 1614 — Vi uma consulta do Desembargo do Paço sobre a jurisdição que pede Gaspar de Sousa, Governador do Brazil, a qual se lhe concederá, na forma que se declara: — e por quanto, conforme ao que a experiencia tem mostrado, é de grande prejuizo visitarem os Governadores as Capitánias d'aquelle Estado, se ordenará que o não possam fazer, sem expressa licença minha, e residam sempre na Cidade do Salvador, como está mandado — e informando-vos da ordem com que Gaspar de Sousa se deteve tanto em Pernambuco, m'o avisareis, porque o quero ter sabido.

Christovão Soares.

Liv. de Corresp. do Desembargo do Paço, fol. 22.

Figura 3 Carta Régia que proíbe os Governadores Gérias de Visitarem as Capitánias sem Autorização⁵³

⁵³ Disponível em:

http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=95&id_obra=63&pagina=287#.

Acesso em: 16. Set. 2016.

EU EL-REI Faço saber aos que esta minha Provisão virem, que eu fui informado que, na Relação do Brazil, o Juiz de minha Corôa e Fazenda, se entremette em fazer sequestros e inventarios das fazendas das pessoas que se prendem pelo Santo Officio, ou tem culpas pertencentes a elle — o que faz, fundado no Regimento da Relação, que ordena que o Juiz de minha Corôa e Fazenda sirva tambem do Fisco.

E posto que isto tenha força em alguns casos, não a tem nos bens confiscados e sequestrados pelos Inquesidores, porque estes sómente se hão de sequestrar e confiscar por ordem dos Inquesidores, ou Juiz do Fisco da Casa da Supplicação, ou a quem elles deprecarem, e commetterem suas vezes, como se usa e pratica nas tres Inquesições deste Reino, onde o Juiz das Confiscações é nomeado pelo Inquesidor Geral destes Reinos, e não é annexo a Relação alguma, no que toca ás confiscações feitas por sentenças dos Inquesidores.

E mando que o dito Juiz de minha Corôa e Fazenda se não entremetta neste caso, senão quando os Inquesidores, ou Juiz do Fisco, lh'o deprecarem, ou requererem.

E assim hei por declarado, e declaro, o dito Regimento da Relação — e que sómente terá logar nas confiscações que não procederem da Inquesição.

E com esta declaração se cumprirá o dito Regimento, e esta minha Provisão, como nella se contém — a qual quero que valha, e tenha força e vigor, como Cartá feita em meu nome, por mim assignada, e passada por minha Chancellaria, posto que por ella não seja passada, sem embargo das Ordenações que o contrario dispoem.

E esta se passou por duas vias: cumprida uma, a outra não haverá effeito. Em Lisboa, aos 21 de Setembro de 1611. Bartholomeu Fernandes a fiz escrever e subscrivi. — REI.

Collect. de Bullas, Breves, Cartas, Alvarás etc. relativos ao Santo Officio, fol. 168 v.

Figura 4: Alvará que ordena que o Juiz da Coroa do Brasil não se entremeta nos sequestro dos Réus do santo Offício⁵⁴

⁵⁴ Disponível em:

http://www.iuslusionariae.fcsh.unl.pt/ampliar.php?imagem=imagens_livros/07_andrade_silva/1603_1612/312.jpg. Acesso em: 16. Set. 2016.